

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIOLOGÍA



TESIS DOCTORAL

**La aplicación del contrato de colaboración público-privada a los
programas de armamento del Ministerio de Defensa de España**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Miguel Ángel Sanabria Luengo

Director

Francisco Javier Loscos Fernández

Madrid, 2016



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
MADRID



FUNDACIÓN
INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN
JOSÉ ORTEGA Y GASSET

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN ORTEGA Y GASSET

Programa de Doctorado en Gobierno y Administración Pública

Tesis Doctoral

LA APLICACIÓN DEL CONTRATO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA A LOS PROGRAMAS DE ARMAMENTO DEL MINISTERIO DE DEFENSA DE ESPAÑA

Miguel Ángel SANABRIA LUENGO

Director:

Fco. Javier LOSCOS FERNÁNDEZ
(Universidad Complutense de Madrid)

Madrid, 2015

ÍNDICE

SUMMARY	1
RESUMEN	5
INTRODUCCIÓN	9
 Cap. I: LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA: APROXIMACIÓN AL CONCEPTO	 13
1.1. CONSIDERACIONES GENERALES	13
1.2. EVOLUCIÓN DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA. SU DESARROLLO EN EL REINO UNIDO COMO REFERENTE...	17
1.2.1. Antecedentes de la <i>Private Finance Initiative</i>	17
1.2.2. La <i>Private Finance Initiative</i>	20
1.2.3. Valoración crítica de la <i>Private Finance Initiative</i>	24
1.3. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA	29
1.3.1. Definición	29
1.3.2. Notas características de la colaboración público-privada ...	31
1.3.3. Clasificación de los riesgos en la colaboración público-privada	39
1.4. MODELOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA	50
1.4.1. El <i>project finance</i>	55
1.4.2. Estructura del modelo...	57
 Cap. II: LA INCORPORACIÓN DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	 61
2.1. ANTECEDENTES	62
2.2. EL CONTRATO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO	67

2.2.1.	El artículo 11 de la LCSP	68
2.2.2.	Características distintivas del contrato de CPP. Análisis del artículo 134 del TRLCSP... ..	79
2.3.	LA PREPARACIÓN DEL CONTRATO DE COLABORACIÓN EN LA LCSP ...	92
2.3.1.	La evaluación previa	92
2.3.2.	La forma de adjudicación: el diálogo competitivo	95
	A) Apertura del procedimiento e invitaciones a participar en el mismo	98
	B) Diálogo con los candidatos y presentación y examen de ofertas	100
	C) Examen de las ofertas y adjudicación del contrato	104
2.4.	LA FISCALIZACIÓN Y EL CONTROL EXTERNO DE LAS COLABORACIONES PÚBLICO-PRIVADAS	107
2.5.	LA FINANCIACIÓN DE LAS COLABORACIONES PÚBLICO-PRIVADAS ...	109
2.5.1.	Modalidades presupuestarias... ..	111
	A) El “sistema alemán” o de “llave en mano”	111
	B) El denominado “sistema español”	113
	C) El “modelo británico” o “peaje en sombra” y los “pagos por disponibilidad”... ..	119
2.5.2.	Modalidades total o parcialmente extrapresupuestarias	126
2.5.3.	Factores determinantes en la elección del modelo de financiación... ..	128
2.5.4.	Productos financieros	131
	A) Préstamos, créditos y otros instrumentos habituales	131
	B) Participaciones concesionales y titulización	133
	C) Préstamos participativos	134
	D) Garantías del Estado	136
Cap. III:	LOS PROGRAMAS ESPECIALES DE ARMAMENTO DEL MINISTERIO DE DEFENSA EN ESPAÑA	139
3.1.	LA FINANCIACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE OBTENCIÓN DE ARMAMENTO EN EL ÁMBITO DEL MINISTERIO DE DEFENSA	139
3.2.	LOS PROGRAMAS ESPECIALES DE DEFENSA	142
3.2.1.	Definición	142

3.2.2.	Financiación	144
3.2.3.	Problemática de los programas especiales	147
	A) El problema financiero	150
	B) El problema de organización y gestión de los programas	155
	C) El problema de consecución de los intereses estratégicos de nuestra industria... ..	155
3.2.4.	Especial referencia al programa Eurofighter (EF-2000)	156
	A) Descripción del programa	156
	B) La gestión contractual del programa	161
3.3.	LA RECONDUCCIÓN DE LOS PROGRAMAS ESPECIALES	167
Cap. IV:	LA APLICACIÓN DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA A LOS PROGRAMAS DE ARMAMENTO DEL MINISTERIO DE DEFENSA ...	181
4.1.	ANÁLISIS JURÍDICO DE LA APLICACIÓN DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA AL ÁMBITO DE LOS PROGRAMAS COOPERATIVOS DE OBTENCIÓN DE ARMAMENTO	181
4.1.1.	Los programas internacionales de obtención de armamento: delimitación conceptual y régimen jurídico... ..	181
4.1.2.	Los programas nacionales	197
4.1.3.	La colaboración público-privada aplicada a los programas internacionales de obtención de armamento	202
4.1.4.	La colaboración público-privada aplicada a los programas nacionales	208
	A) Experiencias en EEUU: "La Logística basada en la ejecución" (PBL: Performance based logistics)	209
	B) Experiencias en el Reino Unido	214
	C) Experiencias en Alemania	218
4.2.	APLICACIÓN DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL ÁMBITO DEL MINISTERIO DE DEFENSA ESPAÑOL	220
4.2.1.	Consideraciones generales	220
4.2.2.	La CPP aplicada al mantenimiento de sistemas de armas actualmente en servicio	222
4.2.3.	Contenido del contrato de colaboración público-privada	227
4.2.4.	Actuaciones preparatorias y adjudicación del contrato	242

4.3. LA GESTIÓN DE LAS COLABORACIONES PÚBLICO-PRIVADAS:	
LAS AGENCIAS	245
4.3.1. Consideraciones generales	245
4.3.2. Análisis de la situación actual e identificación de los principales problemas del modelo organizativo del sistema de adquisición de armamento y material	247
4.3.3. Análisis de los modelos organizativos empleados por otros países	249
<i>A) Modelo alemán</i>	250
<i>B) Modelo de los EEUU</i>	251
<i>C) Modelo francés</i>	251
<i>D) Modelo británico...</i>	252
4.4. LAS AGENCIAS EN EL ÁMBITO DE LA DEFENSA EUROPEA: LA EDA Y LA OCCAR	254
4.4.1. La EDA	254
4.4.2. La OCCAR	260
 Cap. V: PROPUESTA DE UNA AGENCIA DE ADQUISICIONES EN EL ÁMBITO DEL MINISTERIO DE DEFENSA	 265
5.1. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE LA LEY 28/2006 REGULADORA DE LAS AGENCIAS ESTATALES PARA LA MEJORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS...	265
5.1.1. La gestión diferenciada: concepto	265
5.1.2. Consideraciones doctrinales...	267
5.1.3. Análisis del articulado	271
<i>A) Disposiciones generales</i>	271
<i>B) Régimen jurídico</i>	272
i. Creación	272
ii. Estatuto.....	273
iii. Extinción y supresión	274
iv. Organización	275
v. Gestión transparente por objetivos...	275
vi. Funcionamiento y medios...	276
vii. Contratación y patrimonio	276

viii	Personal...	282
ix.	Medios económico-financieros...	284
x.	Gestión económico-financiera ...	284
5.1.4.	Diferencia con figuras afines: los organismos públicos ...	286
5.1.5.	Naturaleza jurídica ...	290
	<i>A) Naturaleza de la relación entre la agencia y el Ministerio de adscripción: la delegación de competencias ...</i>	291
	<i>B) Facultades inherentes a la delegación de competencias ...</i>	293
i.	Protectorado ...	293
ii.	Tutela...	298
iii.	Vigilancia ...	301
iv.	Control ...	302
v.	Inspección ...	303
	<i>C) Objetivo de la creación de agencias ...</i>	306
i.	Origen y significado de servicio público ...	307
ii.	El concepto de servicio público...	310
5.2.	DISEÑO DE UNA AGENCIA DE ADQUISICIONES EN EL ÁMBITO DEL MINISTERIO DE DEFENSA ...	312
5.2.1.	Objeto de creación, organización y medios ...	312
	<i>A) Objetivos ...</i>	313
	<i>B) Personal ...</i>	316
	<i>C) Recursos económicos ...</i>	317
	<i>D) Infraestructura ...</i>	318
	<i>E) Principios organizativos y de funcionamiento ...</i>	318
5.2.2.	Valoración preliminar ...	321
	CONCLUSIONES ...	323
	REFERENCIAS ...	327

**THE USE OF THE PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP CONTRACT
WITHIN THE WEAPON SYSTEMS PROCUREMENT POLICY OF THE SPANISH
MINISTRY OF DEFENSE**

- SUMMARY -

Public Private Partnerships (PPP) for the provision of goods and services are not a new phenomenon at all. We may find remote records of similar ways of cooperation even in the Roman Empire, or later in the Middle Ages. Nevertheless, at the end of the 20th century we find an extended use of these techniques among our European neighbouring countries. This has triggered its formal implementation in their national laws.

After our 2007 Public Sector Contracts Act, Spanish legal doctrine has elaborated on the nature, opportunity, risks and possible use of the new “PPP contract”, with a great variety of approaches, most of them linked to economic ideologies. In any case, most of the studies are focused on its use for the provision and management of public infrastructures.

Our research focuses on the possibility of extending the use of this new contract for the Spanish defense industry, currently facing severe financial constraints that affect especially to the procurement of high value weapon systems programs (the so-called "special weaponry programs" or SWP). Extending PPP to Spanish defense industry could be a positive alternative for strengthening our national industry and the procurement and life-cycle support to SWP, as well as the optimization of most of Spanish MoD technical facilities.

However, implementation of PPP within this sector is not without risks, due to the strategic and very sensitive nature of the Defense sector, and the high cost and complexity of SWP design and development, which severely penalizes any error or

deviation from specifications along its life-cycle. Therefore, it demands a progressive and careful approach.

On the other side, our experience with SWP management so far indicates that it is time to change: Spain has undertaken a strong investment in these programs, with disappointing results with regard to the strengthening and development of our defense industry. A transformation of SWP management is therefore needed, from a financial, contractual and technical point of view, and PPP could help to implement a new program policy, in which defense industry should participate as a real partner, sharing risks and costs with our MoD, and not just as a mere supplier or contractor.

This transformation should be implemented on a step by step basis. We suggest to begin with the maintenance and support environment of current programs, which will later allow a further step towards its implementation in the design, development and production phases of the new SWPs.

Some reforms in the internal organization of the Ministry of Defense are also needed. In fact, officials of the Ministry have stressed the need to reform the administrative structures responsible for the management of SWPs, to enhance its efficiency and effectiveness. Our research findings support an administrative reform aimed at specialization of program management staff and designing a flexible and modern organization like in some neighbouring countries. This organization would operate under the principles of expertise in management, concentration and separation of weapons systems management and its end-users, as opposed to the current dispersion in management, lack of specialization of program staff and lack of flexibility in execution. To achieve this goal we analyse the possibilities offered by the 2006 Act on State Agencies for the Improvement of Public Services.

We have divided the present study into five chapters. The first one analyses the PPP concept, its main features and its different models. In the second chapter we study how this technique has been incorporated into Spanish public contracts law,

with a special reference to the 2007 Public Sector Contracts Act. Our third chapter refers to Spanish SWPs and how they have been managed up to now. We focus on the main problems detected and the current process of SWP reform. In chapter IV we explore how PPP could be a useful technique in order to mitigate these problems and implement the ongoing reform. We describe the way our MoD is being transformed and how this transformation can help towards achieving our goals with regards to SWP management, as well as some relevant experiences in our allied countries, such as the development of specialized national (or international) agencies, with a special mention to EDA and OCCAR, at the European level. Along these lines, in chapter V we defend that this process of SWP reform demands the implementation of a specialized agency. As we have previously mentioned, this new organization could be legally based on the current Spanish Public Agencies 2006 Act, which we discuss before presenting the main design lines of our proposal.

**LA APLICACIÓN DEL CONTRATO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-
PRIVADA A LOS PROGRAMAS DE ARMAMENTO DEL MINISTERIO DE
DEFENSA DE ESPAÑA**

- RESUMEN -

La colaboración público-privada (CPP) en la provisión de bienes y servicios no es nueva. Existen antecedentes remotos de formas similares de cooperación ya en el Imperio Romano, o posteriormente en la Edad Media. No obstante lo anterior, este fenómeno cobra relevancia en países de nuestro entorno a finales del siglo pasado, lo que ha conducido a su introducción formal en los ordenamientos jurídicos nacionales.

Con la incorporación a nuestro Derecho de esta técnica contractual, la doctrina se ha manifestado sobre su naturaleza, oportunidad, riesgos y posible utilización. Existen opiniones de todo tipo, muchas de ellas ligadas a posiciones ideológicas de naturaleza económica. En cualquier caso, la mayoría de los estudios se centra en su posible implantación en el ámbito de la provisión y gestión de infraestructuras públicas.

Nuestra investigación se centra en la posibilidad de extender esta nueva técnica contractual a la industria española de defensa, actualmente sujeta a fuertes restricciones financieras que afectan especialmente a los denominados *programas especiales de armamento*, que suponen una inversión por parte del Estado de un gran volumen de recursos financieros durante periodos dilatados en el tiempo, tanto para su producción como para su sostenimiento. La introducción de la CPP en la industria española de defensa podría ser un buen instrumento para el fortalecimiento de dicha industria, la adquisición y mantenimiento a largo plazo de los sistemas especiales de armamento, y la optimización de muchas de las instalaciones técnicas del Ministerio de Defensa.

Por otro lado, su implantación no está exenta de riesgos. Se trata de un sector estratégico y muy sensible, y los sistemas de armas son, desde su concepción hasta su baja en servicio, muy costosos, por lo que la repercusión de cualquier error en cualquiera de sus fases de vida tiene consecuencias de muy difícil solución.

Sin embargo, la experiencia relativa a la forma en que estos programas han sido tratados y gestionados desde su inicio pone de manifiesto que ha llegado la hora de cambiar. La realidad demuestra que los sistemas de armas comprendidos en los programas especiales no son sostenibles de la manera en que se están gestionando. Tanto el anterior gobierno como el actual han tratado el tema en profundidad, llegando a la conclusión que los problemas que afectan a estos programas sólo pueden solucionarse desde la transformación de su gestión tanto desde un punto de vista técnico, como organizativo y financiero. Es precisamente aquí donde la técnica de la colaboración público-privada puede jugar un papel relevante como una fuente de solución al problema financiero. La implicación de la industria militar como socio y no mero contratista, en el que comparta riesgos con el propio Estado se revela, a priori, como un medio eficaz para solucionar parte de los problemas de financiación y eficiencia que en la actualidad sufren estos programas.

La forma en que este tipo de colaboración debe implantarse en el ámbito de los programas especiales de defensa debe ser progresiva y cautelosa. Se debe ensayar con el mantenimiento de los sistemas existentes y, una vez comprobados los resultados, dar el salto a la producción y desarrollo de los nuevos, que incorporarán también a otros Gobiernos de nuestro entorno.

La aplicación de esta técnica contractual en el ámbito del Ministerio de Defensa requiere también ciertas reformas en el ámbito organizativo. De hecho, los responsables del citado Ministerio han resaltado en sede parlamentaria la necesidad de reformar las estructuras administrativas encargadas de la gestión de los programas especiales, como parte de las soluciones a aplicar en aras de lograr una gestión eficaz y más eficiente de los mismos. Desde aquí propugnamos una reforma administrativa

tendente a la especialización del personal encargado de la gestión de los programas, a la vez de crear una organización flexible y moderna a imagen y semejanza de las existentes en países de nuestro entorno. Esta organización funcionaría bajo los principios de especialización en la gestión, concentración y separación de la gestión del usuario final de los sistemas de armas, como contraposición a la actual dispersión en la gestión, falta de especialización de personal encargado de la gestión y falta de flexibilidad en la ejecución. Para lograr este objetivo proponemos estudiar las posibilidades que nos brinda la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos.

La tesis se estructura en cinco capítulos. En el primero se analizan el concepto, la evolución y las características esenciales de la CPP, y sus diferentes modelos. En el segundo analizamos la introducción de esta técnica contractual en nuestro ordenamiento jurídico, con especial referencia a la Ley de Contratos del Sector Público de 2007. En el capítulo tercero se presentan los programas especiales de armamento del Ministerio de Defensa, centrándonos en la problemática asociada con su organización, gestión y financiación, el cumplimiento de los intereses estratégicos de nuestra industria, y su actual proceso de reconducción. En el capítulo cuarto se estudia la aplicación de la CPP a estos programas de modernización, analizando la experiencia comparada, su incorporación al Ministerio de Defensa y los principales problemas del modelo organizativo actual del sistema de adquisición de armamento y material. En este contexto, se presentan algunas de las experiencias de organización empleadas en países de nuestro entorno aliado, que incluyen el desarrollo de agencias especializadas de ámbito nacional (o internacional, como la EDA y la OCCAR en el ámbito europeo, a las que se dedica una especial mención). En esa línea, en el capítulo quinto proponemos la creación de una agencia especializada de adquisiciones en nuestro Ministerio de Defensa. Como se ha mencionado, esta propuesta puede articularse a partir de la Ley 28/2006, cuyo contenido se examina con carácter previo a la presentación de las líneas principales de diseño de la Agencia que se propone.

INTRODUCCIÓN

La colaboración público-privada en la provisión de bienes y servicios públicos no es nueva. Como veremos más adelante, existen antecedentes remotos de formas similares de cooperación ya en el Imperio Romano, o posteriormente en la Edad Media. No obstante lo anterior, este fenómeno cobra relevancia en países de nuestro entorno a finales del siglo pasado, lo que ha conducido a su introducción formal en los ordenamientos jurídicos nacionales.

Con la incorporación a nuestro Derecho de esta técnica contractual, la doctrina se ha manifestado sobre su naturaleza, oportunidad, riesgos y posible utilización. Existen opiniones de todo tipo, muchas de ellas ligadas a posiciones ideológicas de naturaleza económica. En cualquier caso, la mayoría de los estudios se centra en su posible implantación en el ámbito de la provisión y gestión de infraestructuras públicas.

Desde el punto de vista de la Defensa, cabe plantearse su aplicación a los llamados *programas especiales* de modernización de las Fuerzas Armadas, dado que suponen una inversión por parte del Estado de un gran volumen de recursos financieros durante periodos dilatados en el tiempo, tanto para su producción como para su sostenimiento.

Dadas las condiciones económicas en las que estamos inmersos, y el estado obsoleto e incluso infrautilizado de muchas de las instalaciones técnicas propiedad del Ministerio de Defensa, la colaboración público-privada aparece como una vía posible para continuar con la vida de estos programas. De hecho, llegaremos a afirmar que esta técnica jurídico-económica es, en puridad, la única forma realista en la que la consolidación de una industria de defensa nacional puede tener lugar.

Ahora bien, la forma en que este tipo de colaboración debe implantarse en el ámbito de los programas especiales de defensa debe ser progresiva y cautelosa. Se debe ensayar con el mantenimiento de los sistemas existentes y, una vez comprobados los resultados, dar el salto a la producción y desarrollo de los nuevos, que incorporarán también a otros Gobiernos de nuestro entorno. No debe olvidarse que la realización de estos programas tiene una naturaleza sobre todo internacional, basada en acuerdos de cooperación de este tipo entre las distintas naciones participantes.

Por otro lado, la incorporación de esta técnica al ámbito del Ministerio de Defensa no está exenta de riesgos. Se trata de un sector estratégico y muy sensible. El control público no se puede perder en ningún momento, pues la responsabilidad de la Defensa no es transferible. Por otro lado, los sistemas de armas son, desde su concepción hasta su baja en servicio, muy costosos, y la repercusión de cualquier error en cualquiera de sus fases de vida tiene consecuencias de muy difícil solución.

La experiencia relativa a la forma en que estos programas han sido tratados y gestionados desde su inicio pone de manifiesto que ha llegado la hora de cambiar. La realidad demuestra que los actuales sistemas de armas comprendidos en el marco de los denominados *programas especiales* no son sostenibles de la manera en que se están gestionando. Tanto el anterior gobierno como el actual han tratado el tema en profundidad, llegando a la conclusión que los problemas que afectan a estos programas sólo pueden solucionarse desde la transformación de su gestión, tanto desde un punto de vista técnico, como organizativo y financiero. Es precisamente aquí donde la técnica de la colaboración público-privada juega un papel relevante como una posible vía de solución al problema financiero. La implicación de la industria militar como socio y no mero contratista, compartiendo riesgos con el propio Estado, se revela, a priori, como un medio eficaz para solucionar parte de los problemas de financiación y eficiencia que en la actualidad sufren estos programas. El problema, radica entonces en vislumbrar y analizar hasta qué punto y cómo esta técnica es aplicable. A lo largo de la presente tesis defenderemos su aplicación de una forma

escalonada, debido a la sensibilidad del objeto y a la falta de experiencia, tanto en el plano nacional como internacional, sobre su aplicación a este sector.

La aplicación de esta técnica de colaboración público privada en el ámbito del Ministerio de Defensa requiere también ciertas reformas en el ámbito organizativo. De hecho, los responsables del citado Ministerio han resaltado en sede parlamentaria la necesidad de reformar las estructuras administrativas encargadas de la gestión de los programas especiales, como parte de las soluciones a aplicar para lograr una gestión eficaz y más eficiente de los mismos. Desde aquí, siguiendo dicha línea de actuación, propugnamos una reforma administrativa tendente a la especialización del personal encargado de la gestión de los programas y a crear una organización flexible y moderna, a imagen de las existentes en países de nuestro entorno. Esta organización funcionaría bajo los principios de especialización en la gestión, concentración y separación de la gestión del usuario final de los sistemas de armas, en contraposición a la actual dispersión en la gestión, falta de especialización de personal encargado de la gestión y falta de flexibilidad en la ejecución. Para lograr este objetivo proponemos estudiar las posibilidades que nos brinda la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos.¹

La tesis se estructura en cinco capítulos. En el primero se analizan el concepto, la evolución y las características esenciales de la CPP, y sus diferentes modelos. En el segundo analizamos la introducción de esta técnica contractual en nuestro ordenamiento jurídico, con especial referencia a la Ley de Contratos del Sector Público de 2007. En el capítulo tercero se presentan los programas especiales de armamento del Ministerio de Defensa, centrándonos en la problemática asociada con su organización, gestión y financiación, el cumplimiento de los intereses estratégicos de

¹ La política del departamento de defensa va dirigida sin duda alguna hacia la creación de la misma, comenzando con la creación de una Subdirección General de Adquisiciones en el ámbito del citado departamento, que ha tenido lugar en junio de 2014 y que constituye el embrión de la futura agencia que defendemos.

nuestra industria, y su actual proceso de reconducción. En el capítulo cuarto se estudia la aplicación de la CPP a estos programas de modernización, analizando la experiencia comparada, su incorporación al Ministerio de Defensa y los principales problemas del modelo organizativo actual del sistema de adquisición de armamento y material. En este contexto, se presentan algunas de las experiencias de organización empleadas en países de nuestro entorno aliado, que incluyen el desarrollo de agencias especializadas de ámbito nacional (o internacional, como la EDA y la OCCAR en el ámbito europeo, a las que se dedica una especial mención). En esa línea, en el capítulo quinto proponemos la creación de una agencia especializada de adquisiciones en nuestro Ministerio de Defensa. Como se ha mencionado, esta propuesta puede articularse a partir de la Ley 28/2006, cuyo contenido se examina con carácter previo a la presentación de las líneas principales de diseño de la Agencia que se propone.

Capítulo I: LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA: APROXIMACIÓN AL CONCEPTO

1.1. CONSIDERACIONES GENERALES

El concepto de colaboración público-privada no es nuevo. La participación de los agentes privados en la gestión de la actividad pública ha estado presente a lo largo de la historia. Algunos autores apuntan ejemplos de colaboración público-privada ya en el Imperio Romano.²

La historia demuestra que la administración de los intereses públicos ha estado presidida por el continuo intento de armonizar las convicciones ideológicas con los condicionamientos del sistema económico, dando lugar a gran variedad de modelos de gestión de los asuntos públicos, que van desde el predominio absoluto del papel de los poderes públicos en la provisión de bienes y servicios hasta la práctica limitación de la iniciativa pública, pasando por modelos intermedios.³

La presencia de la iniciativa privada en la gestión de servicios públicos ha sido, pues, una constante a lo largo de la historia. Sin embargo, a finales del siglo XX y principios del presente siglo aparece una modalidad de cooperación específica, en la que el operador privado asume un papel fundamental, como gestor e inversor en la provisión de bienes y servicios públicos. Se trata de la colaboración público-privada (CPP).

²DORREGO - MARTÍNEZ (2009), p. 36, y ÁLVARO – ACHA (2011), pp. 30-32; en el mismo sentido se pronuncia FUERTES (2007), pp. 15-16.

³DORREGO - MARTÍNEZ (2009), p. 31

Como señalan Dorrego y Martínez (2009), esta nueva fórmula de la colaboración entre el sector público y el privado se sitúa en un contexto de relaciones más amplio, en el que el protagonismo en la gestión y provisión de bienes y servicios es compartido entre el sector privado y el público. De acuerdo con estos autores, *“desde esta perspectiva, incurren en un evidente reduccionismo las teorías que explican las fórmulas de colaboración público-privada desde el estrecho enfoque de la financiación extrapresupuestaria y aciertan quienes ven en la búsqueda de la eficiencia un imperativo de la Administración del siglo XXI obligada a ser [...] ‘sostenible’”* (pp. 32-33).⁴

El diseño de la CPP permite crear un elenco de relaciones entre la Administración y el sector privado que va más allá de las puras relaciones contractuales y por supuesto financieras. Es decir, el sector privado se convierte en socio de la Administración, con todas las consecuencias que ello conlleve. No obstante, no se puede perder de vista el hecho de que los intereses del socio privado sólo coincidirán con los de la Administración si existen los incentivos adecuados.

Para aproximarnos al análisis de esta institución, examinaremos brevemente algunos de los antecedentes que contribuyen a configurarla en su dimensión actual. Desde este punto de vista, pueden encontrarse manifestaciones análogas a las actuales formas de colaboración público-privada desde el siglo XIX, especialmente en los Estados Unidos de América (Fuentes, 2007, pp. 17-19).⁵ Las consecuencias de la Gran Depresión de 1929 determinaron una expansión del protagonismo económico del sector público, que se manifiesta en un retroceso relativo en el recurso a estas formas de colaboración, que se extiende a lo largo de los años cincuenta y sesenta.

Sin embargo, ya en el último tercio del pasado siglo, el elevado coste de las infraestructuras públicas llevará a los Gobiernos a promover la entrada en juego del

⁴ Es mayoritaria la doctrina que ve en la CPP como un sistema de financiación. Entre otros autores, cfr. ÁLVARO – ACHA (2011) y FUERTES (2007), ya citados.

⁵ Cfr. JACOBSON – TARR (1995) para una revisión histórica de la experiencia estadounidense.

sector privado, y nuevamente con un fuerte protagonismo de los Estados Unidos y de Gran Bretaña, en el contexto de la “revolución conservadora” asociada a los periodos de gobierno de Ronald Reagan y Margaret Thatcher. Como señalan Dorrego y Martínez (2009), en un principio se recurre a las técnicas tradicionales de la concesión administrativa, pero más adelante *“se introducen innovaciones sustentadas en un esquema financiero como es el contrato del Project Finance, y las modalidades concesionales alrededor del contrato BOT (Build Operate and Transfer)”* (p. 40).

En los años más recientes, la discusión sobre el papel de la financiación privada en la provisión de bienes e infraestructuras en Europa está íntimamente ligada a las restricciones financieras que sufre el sector público como consecuencia de la realización del proyecto de Unión Económica y Monetaria. La principal dificultad que enfrentaban los Estados partícipes del citado proyecto, era conseguir alcanzar los niveles de austeridad acordados en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (Ámsterdam 1997), a la vez de dotar a las respectivas economías de la necesaria competitividad, a través de la realización de las necesarias inversiones, principalmente en infraestructuras, para alcanzar los objetivos planteados en la estrategia de Lisboa 2000.⁶

Posteriormente, en marzo de 2005, el Consejo de la Unión Europea adoptó el informe “Mejorar la aplicación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento”,⁷ que supuso la promulgación de dos nuevos Reglamentos y en los que se precisaron nuevas medidas sobre vigilancia presupuestaria en los Estados miembros. Para llevar a cabo la supervisión de las labores de coordinación, seguimiento y control de las políticas presupuestarias, la medición de los principales indicadores de las cuentas públicas, sobre todo el déficit y la deuda, se efectúa en base a la aplicación estricta de las normas y criterios establecidos por el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y

⁶ GONZÁLEZ GARCÍA (2010), p. 28.

⁷ CONSEJO EUROPEO (2005).

Regionales de la Comunidad (SEC 95), que constituye el eje central en el que se basa todo el sistema estadístico europeo.⁸

Ante esta situación, los gobiernos se han visto en la necesidad de buscar fórmulas de cooperación con el sector privado, con el fin principal de poder financiar las necesarias infraestructuras para alcanzar un adecuado nivel de competitividad de sus economías,⁹ lo que ha dado lugar, con mayor o menor intensidad, a insertar al sector privado en las políticas públicas de provisión de infraestructuras y servicios públicos. No obstante lo anterior, la crisis financiera que se inició en el año 2008 ha producido una desaceleración de las colaboraciones público-privadas, como consecuencia de los ajustes en los mercados financieros.¹⁰

En los epígrafes que siguen analizaremos, en primer lugar, la evolución de la CPP, tomando como referencia su desarrollo en el Reino Unido, que ha sido precursor en la materia. Posteriormente se analizarán sus características definitorias, y los principales modelos de colaboración público-privada, antes de estudiar la recepción de estas técnicas en el ordenamiento jurídico español.

⁸ En España, estos compromisos fueron instrumentados mediante la promulgación de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria y la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria; normas que fueron modificadas por la Ley 15/2006 y la Ley Orgánica 3/2006, respectivamente, y más tarde por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, actualmente vigente. Esta legislación ha sido desarrollada con la publicación del Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, en su aplicación a las entidades locales.

⁹ JUAN - RODRÍGUEZ (2006), p. 25. Como señalan estos autores, se aducen también frecuentemente razones de eficacia y eficiencia, en la medida en que las administraciones públicas pudieran beneficiarse de los conocimientos técnicos del sector privado para la producción prestación de bienes y servicios públicos, argumento que muchas veces se justifica por la presuntamente mayor eficiencia del sector privado frente al público, cuya intervención debería, pues, ser subsidiaria. Por nuestra parte, no apoyamos esa creencia, pues la experiencia no demuestra tal presunción pueda defenderse con validez general.

¹⁰ Vid COMISIÓN EUROPEA (2009).

1.2. EVOLUCIÓN DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA. SU DESARROLLO EN EL REINO UNIDO COMO REFERENTE

Como señala González García (2010, pp. 15-16), las fórmulas actuales de CPP y su desarrollo tienen su origen en el Derecho anglosajón, y en la *Private Finance Initiative* iniciada por el Gobierno conservador de John Major en 1992.¹¹

1.2.1. Antecedentes de la *Private Finance Initiative*

Como señalan Acerete (2004) y Dorrego y Domínguez (2009), entre otros, tras la crisis económica de los años setenta, la situación de déficit fiscal y las políticas restrictivas de gasto público en el Reino Unido dieron lugar a un creciente problema de financiación de las empresas públicas y las inversiones en infraestructuras, lo que abrió un debate sobre la conveniencia de incorporar capital privado para el desarrollo de estos proyectos.

Como indica Allen (2003, p. 12), hasta 1989 los gobiernos británicos no eran, en principio, favorables a la utilización del capital privado para la financiación de infraestructuras o empresas públicas.¹² La expresión de este prejuicio negativo puede encontrarse en las *Ryrie Rules*, propuestas en 1981 por un comité del *National Economic Development Council*, bajo la presidencia de Sir William Ryrie. Dichas normas perseguían establecer las condiciones con que las empresas públicas podrían acceder a la financiación privada (HEALD, 1997, p. 577), de manera que representasen una efectiva reducción de costes sin generar un incremento del gasto público extrapresupuestario. De acuerdo con estas normas, las premisas básicas para que estas inversiones pudieran tener lugar eran:

¹¹ Para una buena síntesis de esta iniciativa, cfr. ALLEN (2003), cuyas líneas principales resumen DORREGO y MARTÍNEZ (2009, pp. 41ss.),

¹² En el mismo sentido, cfr. HALL (1998, p. 122).y CLARK – ROOT (1999, p. 348).

- i) que no recibiesen un tratamiento privilegiado (por ejemplo, algún tipo de garantía pública) que redujese los riesgos de estas inversiones privadas en proyectos públicos respecto a los de proyectos alternativos puramente privados,
- ii) que ofreciesen una rentabilidad -en términos de superior eficiencia y beneficios- que compensase el mayor coste financiero de la financiación privada, y
- iii) que no implicasen un complemento a la financiación pública (es decir, que diesen lugar a una reducción del gasto público de cuantía equivalente).¹³

La crítica más importante que recibieron estas normas de algunos miembros del partido conservador fue que las *Ryrie Rules* no incorporaban la flexibilidad necesaria para facilitar la inversión privada en la construcción de infraestructuras y en la prestación de servicios públicos.¹⁴ A pesar de todo, estas normas sirvieron para potenciar algunos proyectos con cierto grado de implicación del capital privado, tales como la construcción y explotación del puente sobre el Támesis Queen Elisabeth II. Como apunta Graham las citadas normas fueron derogadas en 1989.¹⁵ Posteriormente 1992 surge un nuevo modelo de colaboración público-privada basado en el principio de reparto de riesgos entre el operador privado y el público, la denominada *Private Finance Initiative*. El embrión de este modelo se sitúa en el denominado *Private Finance Panel* que tuvo lugar en 1993. En el citado foro de discusión se introdujo el principio rector de la gestión de los proyectos públicos denominado *Value for Money*.¹⁶

Con la llegada al poder del Partido Laborista, lejos de derribar este nuevo modelo creado por el Gobierno conservador, se potencia e impulsa esta forma de

¹³ Cfr. HOUSE OF COMMONS TREASURY COMMITTEE (2011, p. 36), que siguen a HEALD y MCLEOD (2002), p. 420. El objetivo de estas reglas era, pues, evitar que los ministros pudiesen recurrir a la financiación privada para eludir las reglas de control del gasto público, mediante el artificio de ofrecer a la iniciativa privada un entorno protegido frente a los riesgos del mercado.

¹⁴ Ibidem .

¹⁵ GRAHAM ALLEN (2003)

¹⁶ DORREGO-MARTINEZ (2009) p.42

gestión.¹⁷ Según González García “En este contexto, lo que hicieron fue una mejora de la formulación que habían adoptado los conservadores, a través de una revisión de las cláusulas particulares de los contratos, una mejora de los procedimientos de licitación para ganar eficacia y una mejor adecuación de la transferencia de riesgos al socio privado”.¹⁸

La revisión de la PFI llegaría de la mano de Malcom Bates en el conocido como “primer informe Bates”, que introdujo mayor flexibilidad en el tradicional esquema de funcionamiento de la PFI, dando pie al desarrollo de una amplia cartera de proyectos, desde infraestructura de transporte, defensa, sanidad o administración de justicia, entre otros.¹⁹

Como resultado del primer informe Bates, se produce una revisión de las estructuras administrativas tradicionales, en virtud de la cual se crean nuevas agencias (*Executive Agencies* o *New Steps Agencies*) dotadas de un programa de trabajo por objetivos y de un sistema de rendición de cuentas ante el Ministerio competente, si bien investidas de poderes de gestión más flexibles, todo ello en la búsqueda de la eficiencia como nuevo parámetro de evaluación del desempeño administrativo.²⁰ Se crearon tres agencias principales, la *Partnership UK*, la *Office of Government Commerce* y la *HM Treasury Private Finance Unit*, cuyo objeto fue controlar el procedimiento de contratación y la eficiencia en el desarrollo de la obra pública, así como el asesoramiento a las entidades públicas a la hora de contratar.²¹

¹⁷ Ibídem.

¹⁸ GONZÁLEZ GARCÍA (2010), p. 17.

¹⁹ FARQUHARSON, Edward (2006) citando el informe “Strengthening Long Term Partnerships” HMS Treasury 2001

²⁰ FARQUHARSON (2006).

²¹ ALLEN (2003), pp. 14-17. Sobre la agencia *Partnership UK*, ver www.partnershipuk.org.uk

1.2.2. La *Private Finance Initiative*

La PFI constituye una novedosa forma de participación del sector privado en la gestión de servicios públicos. Como señala Dorrego, se trata de una *Third way* frente a otras formas conocidas de participación del citado sector, como son la contratación con terceros (*contracting-out*) y la privatización propiamente dicha. Esta última, en determinados casos había resultado un fracaso, pues el interés del operador privado en rentabilizar la inversión había dado lugar a una reducción de la calidad de la prestación del servicio concreto.²² Los pilares sobre los que descansará este tipo de colaboración hasta nuestros días, son el principio de reparto de riesgos entre el sector público y el operador privado, y el reiterado principio de *Value for Money*. El primer principio, supone la transferencia al operador privado de los riesgos que sea capaz de gestionar de una manera más eficiente, descargando al contribuyente de las consecuencias de la efectiva materialización de los mismos. Se asume entonces la regla de oro de la PFI “que cada riesgo lo asuma quien mejor pueda afrontarlo”.²³ No obstante lo anterior, el sector público no se desentiende de las consecuencias que pueda tener la materialización de los riesgos transferidos, pues no hay que olvidar que el responsable último de la prestación del servicio o de la provisión de los bienes de que se trate es el propio sector público.

En cuanto al segundo pilar de este modelo de colaboración se refiere, el VFM, cabe decir que no resulta fácil definir. En puridad hace referencia a que la decisión final sobre cómo acometer una nueva infraestructura o la prestación de un servicio público, ha de estar basada en criterios de eficiencia. El problema surge a la hora de analizar la aplicabilidad de este criterio económico a la prestación de determinados servicios, es decir cómo cuantificar el VFM, ya que hay determinados servicios que tiene un valor inestimable tan sólo por su prestación. En cualquier caso, la indeterminación de este concepto no tiene carácter general, pues existen claros ejemplos en los que a igual

²²DORREGO - MARTÍNEZ (2009), p. 43.

²³Ibidem., p. 44.

calidad en la construcción de una infraestructura, se han producido ahorros significativos mediante la utilización de este modelo de colaboración.

En definitiva, podemos concluir que la PFI constituyó una novedosa forma de colaboración público-privada basada en los principios de reparto de riesgos y VFM, siendo necesario valorar la aplicación de este último mediante la utilización del denominado *Public Sector Comparator* (PSC).

Desde la perspectiva de la financiación y sobre el esquema rudimentario de contratos de DBFO siguiendo a Fuertes Fernández, se distinguen tres tipos de proyectos:²⁴

- a) *Financially free-standing projects* (autofinanciados): utilizado en la construcción de puentes de peaje como Sky Bridge o el Second Severn Bridge, en los que el coste de la inversión se recupera con cánones pagados por los usuarios del servicio.
- b) *Joint ventures*: modelo utilizado en proyectos como el Manchester's Metrolink o Channel Tunnel, que se caracteriza porque no cabe la recuperación de la inversión mediante el pago de un canon, por lo que el poder público debe financiar una parte del proyecto para compensar los beneficios sociales derivados del mismo.
- c) Compra de bienes y servicios por el Estado: se trata de una fórmula más extendida de DBFO en virtud de la cual el socio privado se responsabiliza de la inversión y el pago se realiza en función de la recepción de la obra o servicio – siempre que cumpla unos estándares mínimos de calidad- en función de la disponibilidad (*availability payments*) o en función de la demanda efectiva de tales bienes o servicios (*trigger payments*). Una variante de los primeros es la remuneración por el sistema del peaje en sombra o *shadow toll*, que se utiliza en aquellos proyectos en los que no es

²⁴ FUERTES FERNÁNDEZ, (2010)

posible el pago de un canon o peaje por los usuarios, con el ejemplo paradigmático de la construcción y explotación de prisiones.

Según el informe *La solución de la Cooperación Público-Privada. Realidad y futuro de las infraestructuras de Europa* (Price Waterhouse Coopers, 2006) el modelo de CPP para la explotación del metro de Londres puede considerarse un ejemplo interesante de puesta en práctica de las fórmulas a las que acabamos de hacer referencia. En el esquema de la *London Underground Limited* (LUL)²⁵ las empresas no asumen íntegramente el riesgo de demanda, pero si reciben su retribución en función de una serie de indicadores de calidad de los servicios prestados a los pasajeros, con arreglo a los siguientes parámetros:

- la disponibilidad, es decir, la fiabilidad de los trenes, señalización, vías y equipamientos de estación.
- Indicadores sobre el tiempo medio de viaje desde que los pasajeros llegan a la estación hasta que llegan a su destino.
- Indicadores sobre las condiciones de limpieza de las estaciones.

Como afirma Dorrego, al que seguimos textualmente para la explicación de los aspectos a considerar en el estudio de la PFI, junto a los aspectos puramente financieros, el análisis de la PFI exige considerar también la perspectiva de la incorporación de técnicas de gestión propias del sector privado en la permanente búsqueda de mejorar el VFM. Experiencias como la extensión de la línea Jubilee del metro de Londres demuestran las limitaciones de las fórmulas públicas de gestión para resolver los problemas relacionados con la dirección de proyectos

²⁵ Informe *La solución de la Cooperación Público-Privada. Realidad y futuro de las infraestructuras de Europa*. Price Waterhouse Coopers. (2006) www.pwc.com

multidisciplinares, en los que los esquemas tradicionales del sector público se traducen en retrasos y en la elevación considerable de los costes del proyecto.²⁶

En efecto, la PFI es un instrumento versátil que garantiza una cierta flexibilidad en la contratación administrativa, logrando al mismo tiempo, involucrar al sector privado en la inversión pública, dentro de un marco de eficiencia y rentabilidad, pero también de calidad prestacional y responsabilidad. Esta participación del sector privado se escenifica en las formas de gestionar la PFI. La Administración puede tomar dos caminos para la gestión de la PFI: bien la formación de un equipo propio que gestione el proyecto, bien una empresa privada que deberá asegurar la consecución de los objetivos propuestos.

- Así, en el primer caso, el equipo de la Administración goza de las ventajas propias de las técnicas de la empresa privada y de la óptica de los empleados públicos en cuanto a la tutela del interés general. Haciendo confluir estas dos perspectivas se adicionan también los beneficios que ambos enfoques pueden aportar.
- El segundo camino supone la externalización de la gestión del proyecto en manos de otra empresa privada, a través del contrato de Gerencia Integrada de Proyectos. La Administración se “desentiende” de la supervisión del proyecto y de su coordinación y la empresa contratada al efecto procede a gestionar su totalidad como si fuese propio.

En los últimos años es innegable la tendencia expansiva de la PFI en el ámbito europeo y, muy especialmente, en el Reino Unido. Los principios en los que se basa este mecanismo de colaboración, se ha tratado de extender a campos distintos de la construcción de infraestructuras de transporte o la prestación de servicios públicos básicos. Así encontramos fórmulas PFI aplicadas al campo de la vivienda social, el

²⁶DORREGO - MARTÍNEZ (2009), p. 46

desarrollo urbano o la prestación de servicios relacionados con el medio ambiente (por ejemplo el reciclaje).²⁷

1.2.3. Valoración crítica de la *Private Finance Initiative*

A pesar del relativo éxito alcanzado inicialmente en la puesta en práctica de la PFI en el Reino Unido, diversos análisis²⁸ coinciden en que éste esquema de funcionamiento necesita de una urgente mejora y adaptación, especialmente de cara a la eficiente prestación de determinados servicios públicos, como la educación o la sanidad. Si la PFI aplicada a las infraestructuras e instalaciones penitenciarias ha supuesto una evidente mejora en la eficiencia del gasto y en la gestión, no ocurre lo mismo con los hospitales y escuelas, en que los márgenes de beneficio resultan muy inferiores, toda vez que el servicio público esencial sigue siendo prestado por el sector público.

Las demoras en la tramitación de la adjudicación de estos proyectos, se ha identificado como uno de los problemas surgidos en la aplicación de estos modelos, como afirma Dorrego *“es sabido que los trámites para la concesión de una PFI encierran un cierto matiz competitivo basado en la esperanza de que la competitividad arroje el mejor resultado posible. Sin embargo, tratando de asegurar esta competencia, en perfecta coherencia con los planteamientos del Mercado Único Europeo, se produce una demora que encarece el proyecto entero. A la postre dicho encarecimiento no lo soporta la Administración, responsable de la demora, sino el socio privado que resulta adjudicatario del proyecto”*. A principios del siglo XXI, al plantearse este problema, existían datos que revelaban que el tiempo medio de adjudicación rondaba los veintiséis meses o, en el caso de proyectos relativos a infraestructuras sanitarias,

²⁷ Ibídem, p. 47.

²⁸ FARQUHARSON (2006).

cuarenta y dos meses.²⁹ Desde nuestro punto de vista, la demora en la adjudicación es consecuencia directa de la propia complejidad del proyecto y tenemos serias reservas sobre la afirmación de que recaiga el posible encarecimiento resultante de esta demora, exclusivamente en el operador privado.

Un segundo problema que ha de afrontar la PFI está directamente relacionado con las dificultades de los mecanismos de financiación. Es claro, que el sector público, al acudir a fondos presupuestarios, acude, en principio, a una fuente mucho más segura de financiación que el recurso al crédito por parte de la empresa privada. Ahora bien, el recurso a la financiación pública de la PFI supone, a priori, la minimización de riesgos en la misma si bien en caso de que el riesgo se materialice, los contribuyentes como últimos afectados, deben soportar el coste de dicho riesgo actualizado. Si tenemos en cuenta que la financiación privada supone un mayor riesgo en cuanto a las condiciones asumidas, podríamos alcanzar la conclusión de que lo más “seguro” para el interés público sería acudir siempre a la financiación presupuestaria. Sin embargo, lo que pone de manifiesto la PFI es que a medida que los riesgos se incrementan, se incrementa también el beneficio y la recompensa por haber asumido tales riesgos. Estos beneficios/recompensa pueden ser reinvertidos en el mismo proyecto de forma que el beneficio global sea muy superior, abaratando la PFI. Es ésta una cuestión que requiere una mayor maduración del sistema de la PFI y un estudio más en profundidad de los mecanismos de asignación y de financiación de estos proyectos.

Pero el problema principal que ha sufrido este fenómeno, sobre todo desde el comienzo de la actual crisis financiera, es sin duda el incremento en los costes de financiación a lo largo del proyecto. Así, la diferencia entre financiar un proyecto de forma tradicional o acudir a un contrato PFI se sitúa en el doble de costes si se acude a

²⁹ Audit Commission, Building for the Future . The Management of Procurement under the Private Finance Initiative, 2001.

este último.³⁰ Esto significa un incremento considerable de los costes que acaba pagando el contribuyente. Además, según el informe del Tesoro Británico que analiza la situación actual que plantean los distintos proyectos PFI en el Reino Unido, no se han identificado áreas donde esta diferencia de costes en la financiación pueda ser compensada por otras bondades del contrato PFI. De hecho, en cuanto a la calidad de los servicios y obras analizadas se refiere, se desprende que no existe una diferencia apreciable y si la hay, en todo caso opera en contra de la utilización de la PFI.³¹

Por otro lado, el citado informe pone de relieve que las razones que animan a adoptar la PFI como medio para proveer de infraestructuras y servicios a los ciudadanos, cada vez más se apartan de la búsqueda del VFM. De hecho, las razones que lleven a contratar a través de este modelo, son más bien de tipo contable. Es decir, la utilización de la PFI disminuye el déficit público, al no figurar en los balances como deuda, lo que anima a las Administraciones a acudir a este modelo en vez al tradicional. De constar toda la deuda real que el Gobierno Británico tiene en la actualidad por proyectos PFI, la deuda total se vería incrementada en un 2,5% de su PIB.³²

Otro problema común a distintos proyectos contratados a través de la PFI, es la sobreespecificación de los mismos junto a la inadecuada transferencia de riesgos al sector privado. Estos dos problemas implican un significativo incremento del coste de los proyectos que desde luego no aconsejan la utilización de este modelo contractual. El criterio que debe imperar en la transferencia de riesgos al sector privado, debe ser el de transferir sólo los riesgos que este sector está más capacitado para gestionar. La inadecuada transferencia de riesgos da lugar a un incremento del coste del proyecto, tanto a corto como a largo plazo.³³

³⁰HOUSE OF COMMONS TREASURY COMMITTEE (2011)

³¹Ibídem.

³²Ibídem.

³³Ibídem.

La falta de flexibilidad de estos contratos ha sido apuntada como otro de los principales problemas que afectan a la PFI. Normalmente, no existe un único interlocutor de la Administración, ya que existen numerosos accionistas en los proyectos, que deben ser parte en las negociaciones tendentes a la aplicación de modificaciones contractuales. Este hecho hace relativamente difícil modificar aspectos esenciales del proyecto a lo largo de su vida.³⁴

Del mismo modo, la falta de rigor en la utilización del PSC, ha dado lugar a conclusiones erróneas en cuanto a la eficacia que presenta la utilización de la PFI frente a modelos tradicionales de provisión de infraestructuras y servicios.

Por último como apunta Dorrego, *“otro punto candente de la PFI son los mecanismos de refinanciación. No pocas críticas se han vertido contra la PFI en Gran Bretaña debido a que los primeros contratos carecían de cláusulas que permitiesen un reembolso a la Administración del dinero invertido en caso de un abaratamiento del proyecto. Hoy en día, sin embargo, la mejora en el sistema de asesoría a la Administración y el refinamiento en el proceso de tramitación de la PFI han dado una salida a este problema acallando las críticas suscitadas al respecto”*.³⁵

Partiendo de que la PFI se revela como un modelo que puede ser eficaz y eficiente si se utiliza adecuadamente, y con objeto de paliar los problemas identificados con anterioridad, el citado informe del Tesoro Británico recomienda la adopción de las siguientes medidas a su Parlamento:

³⁴ *Ibídem*

³⁵ DORREGO - MARTÍNEZ (2009), p. 49.

- Limitar el uso de la PFI a los proyectos que exclusivamente demuestren una considerable eficiencia alcanzable a través de su utilización. Sólo debe prevalecer el criterio VFM para acudir este modelo contractual.
- Incluir la deuda creada por estos proyectos en los balances públicos como información adicional, de forma que se sepa en cada momento la deuda real que estos proyectos generan.
- Impedir la falta de rigor en la utilización de la PSC mediante la aprobación de normas adecuadas que incluso castiguen a los responsables de estas acciones.
- Dotar a los contratos de suficiente flexibilidad para acometer modificaciones necesarias, sin experimentar sobrecostos.

Como señala GONZÁLEZ GARCÍA, *“aunque se haga énfasis en proponer su utilización, las autoridades públicas no desconocen los riesgos que plantean estos modelos contractuales. Lo que sí conviene es quitarle la apariencia milagrosa que puede proporcionar y que desde ciertos ámbitos se fomenta”*.³⁶ La propia Comisión Europea ha insistido en ello, al afirmar que una CPP mal preparada puede dar lugar a costes muy elevados para el sector público”.³⁷

En cualquier caso, la PFI constituye un hito en la reinstauración jurídica de la CPP en el ámbito europeo, que ha dado lugar a su adopción con particularidades propias en los distintos Estados de la Unión.

³⁶ GONZÁLEZ GARCÍA (2010), p. 20.

³⁷ Comunicación de la Comisión de 23 de abril de 2003 sobre desarrollo de la red transeuropea de transporte: financiaciones innovadoras. Interoperabilidad del telepeaje.

1.3. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

1.3.1. Definición

Cuando abordamos la tarea de tratar de definir qué entendemos por colaboración público-privada, como técnica contractual de colaboración entre el sector público y el privado para la provisión de bienes y servicios e infraestructuras, nos encontramos con la dificultad de deslindar este concepto, de otras instituciones/modalidades en las que está presente alguna actuación del sector privado que no responde exactamente a lo que queremos delimitar con esta técnica contractual.

De las definiciones existentes consideramos que las realizadas por la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, el Libro Verde de la Comisión Europea sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, así como, la del Banco Europeo de Inversiones pueden dar una idea muy precisa de lo que nosotros entendemos por esta técnica contractual.

En primer lugar, la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas ha definido las técnicas de colaboración público-privada (en adelante CPP) como *“una forma de colaboración entre los sectores público y privado con el propósito de desarrollar, construir, explotar y financiar un proyecto (...) [documentada mediante] una serie de acuerdos interrelacionados entre los agentes públicos y privados por los que se definen sus respectivos derechos y obligaciones según la configuración legal y política existente”*.³⁸

³⁸“A PPP can generally be defined as a form of collaboration or joint endeavor between the public and private sectors for the purposes of developing, constructing, operating and financing an infrastructure project. A PPP is documented by a series of interrelated agreements between the public and private participants which define their respective rights and responsibilities with reference to the corresponding legal and policy framework”.UNECE (2000), p. 1.Comisión Económica para Europa.www.unece.org“Negotiation platform for PPP in infrastructure projects”, Febrero de 2000.

Algo más de claridad arrojan las definiciones contenidas en el Libro Verde de la Comisión Europea sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones,³⁹ sin perjuicio de que el punto de partida es también la ausencia de una definición unitaria de este fenómeno en el ámbito comunitario. No obstante, la Comisión afirma que bajo la rúbrica común de colaboración público-privada se hace referencia a *“las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio”*.⁴⁰ (Comisión Europea, 2004, p. 3).

Por su parte el Banco Europeo de Inversiones sostiene que colaboración público-privada es un término genérico para las relaciones formadas entre órganos del sector público y empresas del sector privado, normalmente con el objetivo de introducir recursos y experiencia del sector privado para ayudar a proporcionar y a entregar activos y servicios al sector público.

El término CPP se usa, pues, para describir una amplia variedad de acuerdos de trabajo, desde asociaciones estratégicas, informales o flexibles, hasta contratos de servicios tipo DBFO (Diseño, Construcción, Financiación y Operación), pasando por las o empresas mixtas.⁴¹

³⁹ Comisión Europea (2004).

⁴⁰ Libro Verde sobre la Colaboración Público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones, presentado por la Comisión Europea el 30 de abril de 2004.

⁴¹ [*“the key feature of a PPP is that it involves a risk sharing relationship between public and private promoters, based on a shared commitment to achieve a desired public policy outcome. (...)*] *‘Public-Private Partnership’ is a generic term for the relationships formed between the private sector and public bodies often with the aim of introducing private sector resources and/or expertise in order to help provide and deliver public sector assets and services. The term PPP is, thus, used to describe a wide variety of working arrangements from loose, informal and strategic partnerships, to design build finance and operate (DBFO) type service contracts and formal joint venture companies*” [EIB (2004), p. 2].

De las anteriores definiciones podemos destacar las siguientes notas características de la CPP:

- La colaboración entre entes públicos y privados con una duración relativamente larga del proyecto.
- El objeto de la colaboración consiste en financiar, desarrollar, construir y explotar infraestructuras y/o servicios públicos.
- Existe un reparto de riesgos entre el sector público y el privado, al que se le transfieren los riesgos que habitualmente soporta el sector público en la contratación tradicional, en los términos que se establezcan en cada cooperación.

En cualquier caso, como se afirma en el Libro Verde de la Comisión es evidente que en todo fenómeno de colaboración público-privada subyace la idea de establecimiento de una relación jurídica formal, bien sea alumbrando una entidad institucional o corporativa de carácter asociativo entre el sector público y el privado, bien sea formalizando una relación contractual en la que se definan los derechos y obligaciones de cada parte con respecto a un fin común, con la finalidad de proveer bienes públicos o prestar servicios a los ciudadanos repartiendo de forma eficiente los costes y riesgos de la operación.

1.3.2. Notas características de la colaboración público-privada

En primer lugar, debemos resaltar que la duración de la cooperación entre el sector privado y el público en este tipo de proyectos es larga. Como señala Dorrego *“se suele afirmar que los contratos tienen una vigencia superior a veinte años, salvo que se*

*trate de relaciones de colaboración en el sector tecnológico, en cuyo caso no suelen prolongarse más allá de los diez años...”*⁴²

Una de las ventajas que se atribuye a esta larga duración del negocio jurídico, es precisamente la denominada equidad intergeneracional, toda vez que el gasto derivado de la construcción de grandes proyectos se distribuye entre distintas generaciones que resultan beneficiarias de su resultado.⁴³

Además, conviene destacar que esta larga duración permite fortalecer la relación societaria entre ambos sectores, y así en definitiva constituir una verdadera cooperación excediendo el carácter meramente contractual de la relación jurídica.

Junto a la larga duración del negocio jurídico, la forma de financiación de estos proyectos constituye otra nota característica de la técnica de colaboración público-privada.

El objetivo perseguido es mucho más ambicioso, esto es, la búsqueda permanente de eficiencia en el empleo de los recursos públicos.

Las nuevas estructuras de financiación ofrecen una enorme variedad de modalidades (financiación al operador público, financiación corporativa, titulización, emisiones de bonos, *project finance*, entre otras).⁴⁴ Como afirma D’Onza, en términos generales podemos señalar que la iniciativa privada trata de garantizar la estabilidad patrimonial mediante la estipulación de contratos de larga duración y la búsqueda de equilibrio en el grado de apalancamiento financiero. Por todo ello, lo habitual es recurrir al modelo o esquema de financiación denominado *project finance* para articular la financiación de los proyectos. Este modelo “permite que un determinado

⁴² Cfr. DORREGO - MARTÍNEZ (2009), pp. 32.

⁴³ JUAN LOZANO, Ana María - RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús (2006), p. 29.

⁴⁴ Cfr. GONZÁLEZ TORRIJOS (2007), pp. 178ss.

*proyecto de inversión, susceptible de generar flujos de caja razonablemente predecibles y sostenibles pueda ser financiado empleando el mayor nivel de apalancamiento posible y utilizando como garantía los activos del proyecto y el flujo de caja (...) a ser generado por el mismo, sin recurso o con recurso limitado a los socios del proyecto”.*⁴⁵

El ámbito de aplicación, en cuanto a sectores de actividad se refiere, de este modelo de financiación es muy amplio. Así, ha sido utilizado para financiar proyectos de infraestructura, de medios de transporte, plantas de tratamiento, energía, hospitales, etc.

Por último, la construcción de un nuevo esquema de reparto de riesgos entre ambos socios. Constituye la característica más importante de esta técnica contractual. Como apunta García Capdecon *“es precisamente aquí dónde las técnicas del CPP revelan toda su virtualidad y ofrecen un modelo verdaderamente innovador de gestión pública. Pierde relevancia, por tanto, el dato de la financiación, porque pasa a primer plano el sistema de distribución de tareas y riesgos que permite al sector público abandonar su tradicional papel de pagador de la simple provisión de infraestructuras para convertirse en socio de un operador privado al que le puede exigir la garantía de un determinado nivel de calidad en la prestación y hacer depender el pago de la satisfacción de esa exigencia”.*⁴⁶

En la configuración de un proyecto de CPP resulta esencial articular un adecuado reparto de tareas y riesgos entre ambos sectores, presidido por el principio de que cada socio deberá asumir los riesgos y tareas para las que esté objetivamente mejor cualificado con objeto de gestionarlos de la manera más eficiente posible.⁴⁷

⁴⁵D'ONZA GARCÍA (2011) p. 226.

⁴⁶Ibídem.

⁴⁷Cfr. DORREGO - MARTÍNEZ (2009),p. 56

Efectivamente, un adecuado reparto de riesgos resulta esencial para el éxito de un proyecto de CPP. Por ello, el análisis, la evaluación, clasificación y reparto de los mismos resulta una actividad crítica previa a la propia contratación del proyecto. Para ello, Como sostiene Garcés Sanagustin, *“el elemento crítico para la evaluación de un proyecto de colaboración, por lo que atañe a la clasificación de los activos implicados en el contrato, es el análisis de los riesgos soportados por las partes contratantes que, según Eurostat, de manera genérica son tres: riesgo de construcción, riesgo de disponibilidad y riesgo de demanda”*.⁴⁸

La transferencia de riesgos debe ser lo más precisa posible, identificando los mismos de una manera clara. Así GONZÁLEZ GARCÍA (2006) considera que se deben identificar los riesgos *“dividiendo entre los derivados del diseño, la construcción - básicamente la descoordinación entre lo presupuestado y los costes reales y los derivados de las demoras-, la explotación-continuidad y calidad del servicio pactado con la Administración-, mantenimiento, de la propiedad del bien, financieros, de transferencia de titularidad, en los casos de ulterior arrendamiento, de desarrollo y adaptación a las nuevas tecnologías y los de compra”*.

Este reparto de riesgos implica que la Administración ya no siempre adopta un papel de protagonista, sino que comparte con el socio privado ese protagonismo a lo largo del proyecto. Como apunta acertadamente González García⁴⁹ *“a diferencia de lo que ocurre con otras modalidades contractuales, en las que la Administración adopta un papel protagonista en muchas fases de la operación -entre ellas, como las dos más características, las relativas a la financiación y al diseño del proyecto-, en la CPP la Administración y el contratista se involucran desde el primer momento para definir todos los aspectos de la relación contractual. Casi podría hablarse de un servicio integral a las Administraciones públicas que, para el contratista tendría la ventaja*

⁴⁸GARCÉS SANAGUSTÍN (2011) p. 217.

⁴⁹GONZÁLEZ GARCÍA (2006), p. 12.

hipotética de que al participar en toda la vida del proyecto podría ajustar mejor los precios y tendría, en consecuencia, mayor capacidad de recuperar los costes invertidos”.

De hecho, como se verá más tarde las clasificaciones de CPP que propone la literatura científica, parten de la identificación de operaciones que comprenden el proyecto y distingue las modalidades de colaboración en función de las tareas concretas que asume el operador privado.⁵⁰

Cualquiera que sea la transferencia de riesgos acordada, no se debe olvidar que el responsable último de la prestación del servicio o la realización de la obra, es la Administración, por lo que el grado de transferencia de riesgos al sector privado está limitado por este factor.⁵¹

Para completar la tarea de definición de esta técnica contractual, resulta interesante distinguir este fenómeno de figuras que pueden ser consideradas afines. La distinción debe hacerse desde dos puntos de vista. En primer lugar, debe distinguirse entre este modelo contractual y otros modelos de colaboración contractuales o no. En segundo lugar, conviene distinguir el fenómeno de la colaboración público-privada, del fenómeno de la privatización de servicios públicos.

En cuanto a la primera distinción se refiere, cabe decir que las CPP no constituyen figuras monolíticas. No existe un modelo único, sino que en la práctica varían atendiendo a las circunstancias concurrentes y a las necesidades de interés público.⁵² Además la indeterminación de este fenómeno, le ha llevado a que sea tanto un género-que precisamente es lo que está recogido a nivel comunitario- y por tanto

⁵⁰ ACERETE GIL (2004) ,p.32

⁵¹ DORREGO-MARTÍNEZ (2009), p. 56.

⁵² GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (2011), p. 335.

agrupa diversas figuras jurídicas, peculiares en cada ordenamiento y, al mismo tiempo, que sea una especie, como resulta de aquellos países, de entre los cuales se encuentra España, que han dado un paso más, configurándolo como un contrato típico.⁵³

Si tenemos en cuenta la definición contenida en el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones citada anteriormente, cualquier modalidad de vinculación entre Administración y socio privado podría dar cobertura a la CPP, incluso los propios contratos típicos.

Por otro lado, la colaboración público-privada puede darse incluso fuera del ámbito de la legislación de contratos. La legislación de patrimonio (incluida la sectorial) ofrece claros ejemplos de colaboración público-privada. Como apunta García-Trevijano *“por ejemplo cuando se otorga una concesión demanial portuaria puede imponerse al concesionario que diseñe la Terminal, que la construya y explote dentro de unos parámetros determinados”*.⁵⁴

Tal y como se ha configurado el contrato de colaboración público-privada en nuestra legislación, como posteriormente veremos más detalladamente, éste presenta elementos bastante indeterminados. Indeterminación que es el fruto de un dato esencial: la complejidad de las prestaciones que han de proporcionar los contratistas para la consecución de una finalidad que resulta dificultosa. En este sentido, lo que tiene que proporcionar el ordenamiento jurídico es, por un lado, un marco habilitante para la concertación a través de esta modalidad y, por el otro, establecer las garantías básicas en defensa del interés general. Además como acertadamente manifiesta GONZÁLEZ GARCÍA, *“La flexibilidad y el aporte de fórmulas imaginativas en la prestación del servicio, que son unas de las características básicas de las CPP, como incluso han*

⁵³GONZÁLEZ GARCÍA (2010), p. 23.

⁵⁴GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (2011), p. 337.

*reclamado las autoridades comunitarias, quedarían transformadas en agua de borrajas si el contrato está absolutamente estructurado en la legislación”.*⁵⁵

En definitiva, tanto la Unión europea como la adaptación del contenido de su Libro Verde, que ha realizado nuestro legislador, pretenden que la CPP se desarrolle de una manera flexible, de ahí que los contratos a través de los cuales se materialicen han de participar de la misma naturaleza, la flexibilidad. En este sentido, Julio González García (2006, pp. 21-22) los considera *“modelos para armar”* en los que Administración y contratista recogen elementos aislados del ordenamiento jurídico para configurar cada figura concreta.⁵⁶

Se puede concluir, por tanto, que la CPP se concibe de modo abierto y flexible, de ahí que no se pueda hablar de un solo modelo de CPP sino de varios. La nota determinante, al menos desde el punto de vista de nuestra legislación de contratos públicos, es la complejidad de la naturaleza de las prestaciones inherentes a la colaboración.

En segundo lugar, para cerrar la actividad de definición de esta técnica contractual, debemos proceder a su distinción de lo que se entiende por la privatización de los servicios públicos.

Como señala FUERTES FERNÁNDEZ,⁵⁷ *“la privatización en sentido estricto se refiere a los casos en que la titularidad de los bienes o servicios se ve alterada por su traspaso al sector privado, dejando el sector público de poseer el control sobre la propiedad y la dinámica prestacional de los mismos”*. Aparentemente, según el citado autor, *“esta definición no resulta suficiente, lo que aconseja introducir otro criterio*

⁵⁵ GONZÁLEZ GARCÍA (2006), p. 21.

⁵⁶ *Ibíd.*, p.22.

⁵⁷ FUERTES FERNÁNDEZ (2007).

*como es el de la naturaleza de la regulación. En el caso de las fórmulas de colaboración público-privada, la regulación es el fruto del negocio jurídico expreso concertado entre el operador privado y la Administración Pública, en el que se definen exhaustivamente los derechos, obligaciones, competencias, remuneración y demás elementos que guiarán la fórmula colaborativa. En cambio, en el supuesto de la privatización la intervención pública adopta un sesgo de tipo legal, normalmente bien porque existe un poder regulador a cuyas decisiones debe someterse el empresario privado, o bien porque todo el proceso está instrumentalizado y regido por la Ley”.*⁵⁸

Por otro lado, la privatización no busca una coincidencia de objetivos con el sector público, como si lo hace la CPP. Así la Administración en la privatización de bienes, empresas o servicios se desentiende del resultado final del ejercicio del actor privado, lo que no ocurre en el caso de la colaboración público-privada.⁵⁹

Teniendo en cuenta lo explicado, cabe concluir que la CPP tal y como se ha concebido en el ámbito de la Unión Europea y más concretamente atendiendo al contenido de su regulación en nuestro derecho nacional, no tiene por objetivo la privatización de los servicios públicos, ni de la Administración pública. De hecho se ha convertido en contrato administrativo o técnica contractual de la Administración, en el que ésta ostenta sus potestades de la misma manera que en los demás contratos típicos. Lo que no obsta para que algunas de las modalidades de CPP, especialmente la PFI a la que nos referiremos más tarde, puedan haber tenido este objetivo en algunos países.

⁵⁸ DORREGO-MARTÍNEZ (2009).

⁵⁹ OCDE (2008).

1.3.3. Clasificación de los riesgos en la colaboración público-privada

Lo expuesto hasta ahora en relación con la definición y características de la CPP, pone de manifiesto que uno de los elementos esenciales de la misma, es precisamente un adecuado reparto de riesgos entre ambos sectores.

Como afirma Dorrego *“el principio esencial sobre el cual pivota el propio concepto de CPP es la óptima asignación de riesgos a aquella parte del partenariado con mejor capacidad para gestionarlos”*.⁶⁰ Una inadecuada repartición de riesgos puede dar lugar a incurrir en unos costes, que en última instancia serán repercutidos en el contribuyente usuario, desvirtuando así el objeto principal de la utilización de esta técnica contractual.

La gestión del riesgos abarca tareas distintas que van desde la identificación y análisis de los riesgos implicados en el proyecto hasta su cuantificación, reparto e implantación de métodos de reducción de los mismos.⁶¹

Según Dorrego, es habitual clasificar los riesgos de un proyecto en dos grupos, genéricos y específicos. Los primeros resultan comunes a cualquier tipo de proyecto de CPP mientras los segundos dependen del servicio concreto que se va a prestar o de la infraestructura que se pretende construir y explotar.⁶²

Entre los riesgos genéricos encontramos numerosos criterios de clasificación. Así, TER-MINASSIAN-RUIZ identifican en el análisis de riesgos en la colaboración público-privada generalmente cinco tipos de riesgos:⁶³

⁶⁰ Ibídem.

⁶¹ ACERETE (2004) p.27

⁶² DORREGO-MARTÍNEZ (2009).

⁶³ TER-MINASSIAN – RUIZ(2006), p. 45.

- *Riesgo de construcción:* que engloba los problemas económicos derivados tanto de los retrasos en la construcción como de las desviaciones de costes en los que se incurra en su materialización.
- *Riesgo financiero:* en el que se incurre cuando existe una desviación entre dos tipos de interés previstos en el diseño del proyecto y los incurridos en el periodo de amortización.
- *Riesgo de disponibilidad:* está relacionado con la cantidad y calidad en la prestación de los servicios asociados al proyecto de inversión.
- *Riesgo de demanda:* en el que incurren los asociados cuando la demanda real del servicio es inferior a la prevista en la fase inicial del proyecto.
- *Riesgo del valor residual:* que se refiere al valor futuro de mercado que tendrá el activo en el que se concreta el proyecto de inversión.

Dadas las distintas clasificaciones existentes en la doctrina, consideramos apropiado centrarnos en la clasificación de riesgos que realiza Eurostat en el *Manual del SEC-95 sobre el déficit público y la deuda pública*, en particular en su parte IV⁶⁴ dedicada a “Contratos a largo plazo entre unidades administrativas y socios privados (asociaciones público-privadas).⁶⁵ Resulta importante la citada clasificación toda vez que tiene una repercusión directa en la contabilidad pública.

El citado manual parte de la división de los riesgos de un proyecto en dos grandes categorías: en primer lugar, los riesgos que afectan al proceso de construcción y, en segundo lugar, los riesgos relativos a la realización de la actividad, que pueden ser riesgos de demanda o riesgos de disponibilidad.

⁶⁴Cfr. http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/product_details/publication?p_product_cod e=KS-BE-04-004

⁶⁵EUROSTAT (2004), p. 9.

De acuerdo con lo que establece EUROSTAT para que los activos vinculados a un proyecto de colaboración público-privada no se registren en los estados financieros del sector público, y por tanto no computen como deuda, se deben cumplir los siguientes requisitos:

- Que el socio privado soporte el denominado riesgo de construcción.
- Que el socio privado soporte al menos uno de los dos siguientes riesgos: el de demanda del servicio vinculado al activo o el riesgo de disponibilidad del propio activo.

i) Garcés Sanagustín considera que *“el riesgo de construcción cubriría acontecimientos tales como retrasos en entrega, incumplimiento de criterios especificados, costes significativos, deficiencias técnicas y factores externos negativos, incluidos los medioambientales que conlleven pagos indemnizatorios a terceros. El criterio general es que si el contrato impone a la Administración Pública la realización de pagos periódicos con independencia del estado en que se encuentre el activo o la infraestructura, puede deducirse que es la propia Administración la que está soportando el riesgo de construcción y que por tanto, no se trata de un verdadero esquema de CPP a efectos de no computar en el balance de la deuda de la Administración”*.⁶⁶

Como apunta Rodríguez Varela *“en España resulta especialmente interesante la experiencia de la Comunidad de Madrid en la construcción de equipamientos sanitarios, caracterizada por la transferencia al operador privado de la totalidad del riesgo de construcción así como del riesgo de disponibilidad y calidad, articulándose el mecanismo de pago a través de una cantidad fija anual (CFA) y una variable (CVA) que*

⁶⁶GARCÉS SANAGUSTÍN (2011), p. 217.

*no podría ser inferior al 60% de la cantidad máxima anual y que se haría depender del cumplimiento efectivo de estándares de calidad”.*⁶⁷

ii) En segundo lugar, el riesgo de disponibilidad que se concreta en la no entrega del volumen convenido en el contrato, el incumplimiento de la normativa sobre seguridad o de las certificaciones administrativas especificadas en el contrato, o el incumplimiento de los estándares de calidad fijados en el mismo.⁶⁸

Alrededor de riesgo de disponibilidad debe articularse un sistema de pagos al contratista, lo cual revela una de las grandes novedades de las fórmulas de colaboración público-privada respecto a los modelos tradicionales de ejecución de obras. El criterio de Eurostat es que si el flujo de pagos periódicos al operador privado se reduce significativamente cuando no se cumple alguno de los requerimientos que entran en la definición contractual de la “disponibilidad” estaremos ante un verdadero contrato de CPP porque se habrá operado una auténtica transferencia de riesgos.⁶⁹

Según González García *“el riesgo de disponibilidad se transfiere bajo la forma de identificación de las prestaciones que debe realizar el contratista a las que se asocian los correspondientes pagos en función de la obtención de un nivel determinado de calidad en la prestación del servicio”.*⁷⁰

Por su parte Dorrego apunta que *“entre los distintos ejemplos de la práctica internacional que revelan o que muestran una adecuada asignación de riesgos al operador privado, podemos citar la construcción de la infraestructura de enlace por tren de alta velocidad entre Ámsterdam y la frontera con Holanda y Bélgica. El mecanismo de pago al consorcio ganador de la licitación consistió en un pago por la*

⁶⁷ RODRÍGUEZ VARELA (2008), p. 23.

⁶⁸ GARCÉS SANAGUSTÍN (2011), p. 218.

⁶⁹ EUROSTAT (2004), p. 10.

⁷⁰ GONZÁLEZ GARCÍA (2006), p. 20.

disponibilidad con penalizaciones por condiciones insatisfactorias de los activos. Al asumir el riesgo derivado de la correcta puesta a disposición de la nueva infraestructura, el socio privado encuentra un importante incentivo para lograr una adecuada disponibilidad. Asimismo, al excluir al constructor del riesgo de demanda se genera un equilibrio más justo centrado específicamente en las capacidades que cada parte estaba mejor preparada para gestionar".⁷¹

iii) En tercer lugar,⁷² el riesgo de demanda se refiere, según Eurostat, a las oscilaciones de la demanda con independencia del comportamiento que desarrolle el operador privado, es decir, a los riesgos asociados al ciclo económico, a las nuevas tendencias del mercado, a la competencia y a la obsolescencia tecnológica. Este riesgo sólo debe cubrir cambios en la demanda debidos a factores ajenos a las condiciones en las que el socio privado presta servicios.

El riesgo de demanda se considera que lo asume la Administración cuando el flujo de pagos al operador privado se realiza con carácter fijo e independientemente de la utilización real del servicio prestado. Es decir, en el supuesto que la Administración haya pactado con el socio privado, garantizarle un nivel determinado de pagos por tarifa, independiente del nivel de demanda real.

Según Garcés Sanagustín, estos criterios no se consideran válidos cuando el cambio en el nivel de la demanda es consecuencia de cualquier resultado de una iniciativa evidente de la Administración pública (y no simplemente de la unidad o unidades implicadas en la ejecución del contrato) que dé lugar a un cambio significativo de política, o del desarrollo de infraestructuras competitivas directamente construidas bajo mandato público.⁷³

⁷¹DORREGO-MARTÍNEZ, (2009), p. 34

⁷²EUROSTAT (2004), p. 9.

⁷³GARCÉS SANAGUSTÍN (2011), p. 220.

En ocasiones la transferencia de este tipo de riesgo tiene consecuencias positivas en las cuentas del operador privado como fue el caso, según apunta Dorrego de la autopista N4/N6 Kilko-Kinnegad en Irlanda,⁷⁴ *“se transfirió el riesgo de peaje real a los concesionarios de tal suerte que la ausencia total de garantías sobre la utilización real de las autopistas de peaje supuso una clara transferencia del riesgo de demanda al operador privado que, sin embargo, se saldó con un resultado claramente satisfactorio para el adjudicatario”*.

Resulta conveniente completar nuestra exposición de riesgos con los analizados en los contratos de *project finance*. El *project finance*, como ya se apuntó, constituye un medio de financiación de las CPP. Dentro de este modelo de financiación, según Bueno Hudson se contemplan los siguientes tipos de riesgos atendiendo a su naturaleza:⁷⁵

- *Riesgos de la planificación y desarrollo inicial del proyecto: la complejidad, recursos necesarios y tamaño de estos proyectos requiere de una fase previa al diseño. Esto requiere un conocimiento y experiencia de la gestión de proyectos que no todos los sponsors de un proyecto los tienen.*
- *Riesgo tecnológico: ciertos proyectos pueden requerir la utilización de tecnologías innovadoras o incluso desconocidas. Esto supone un riesgo claro para el desarrollo del proyecto y suele asignarse al contratista la decisión de la mejor tecnología a utilizar, con el consentimiento previo de los sponsors. En ocasiones puede ocurrir que el contratista se encuentre con que la decisión tecnológica esté tomada por los sponsors y puede generar problemas de éxito del proyecto en la fase inicial.*

⁷⁴DORREGO-MARTÍNEZ (2009), p.65.

⁷⁵BUENO HUDSON (2011), pp. 276-278.

- *Riesgo de construcción: se refiere al riesgo de que la construcción no pueda ser contemplada o simplemente retrasada.*

Los riesgos anteriormente descritos suelen ser trasladados al contratista.

Los riesgos más comunes identificados durante la fase de finalización de la construcción y explotación son:

- *Riesgo de suministro: riesgo asociado a la incapacidad por parte del contratista de obtener los inputs necesarios para producir, o éstos no son óptimos en cantidad o calidad para la utilización eficiente de la infraestructura.*
- *Riesgo de explotación: en este caso, la construcción está terminada correctamente pero no es capaz de operar técnica, cuantitativa o cualitativamente al nivel requerido. Esto suele generar ineficiencias en el proceso que se traducen en extra costes contra el proyecto.*
- *Riesgo de mercado: se refiere al riesgo de que no se obtengan los ingresos esperados en la planificación del proyecto. La reducción puede ser causada por distintos factores como son la bajada del nivel de demanda, la bajada de precios o una mayor competencia en el mercado. Cada una de las causas tendrá su propia estrategia de gestión del riesgo.*

Por último existen otros tipos de riesgo que pueden aparecer durante las distintas fases del proyecto, pertenecientes al entorno macroeconómico en el que se desarrolla el mismo. Estos riesgos suelen no ser controlables desde o a través del propio proyecto y se controlan a través de estrategias de aseguramiento (pólizas de seguros) o de mercados de capitales (contratos derivados). Nos estamos refiriendo a los siguientes:

- Riesgo de tipo de interés
- Riesgo de tipo de cambio

- Riesgo de inflación
- Riesgo medioambiental
- Riesgo regulatorio
- Riesgo legal
- Riesgo de crédito de las contrapartes del proyecto

Conviene aclarar, siguiendo a Dorrego en este aspecto, que el riesgo legal o político suele aparecer en proyectos donde el financiador se encuentra en un país diferente al de la realización del mismo, o bien en aquellos otros que se desarrollan en lugares donde existe una cierta inestabilidad política. Forman parte de esta clasificación aquellos riesgos relativos a la dificultad de obtener licencias administrativas, posibilidad de cambios normativos, etc.

Por último, el citado autor resalta que *“con el paso de los años el riesgo medioambiental, estrechamente ligado al riesgo legal, ha adquirido una importancia destacada en la medida en que puede llegar a redundar en la inviabilidad final del proyecto”*. Forman parte de esta modalidad de riesgo, las vicisitudes asociados al incumplimiento de la normativa preservadora del medioambiente, durante el desarrollo del proyecto.⁷⁶

Una clara identificación de los riesgos que afectan al proyecto resulta, por tanto, esencial. No obstante, esta identificación por sí sola no es suficiente. Para acometer un reparto adecuado de riesgos entre ambas partes, se debe proceder a un análisis de ponderación de los mismos. Es decir, se debe analizar los costes que implica la existencia de estos riesgos. Fruto de ambos análisis, se obtienen los elementos esenciales para decidir si las fórmulas CPP son el instrumento más adecuado para ejecutar la obra o para prestar el servicio, pues no puede partirse de una indiscriminada ventaja de las fórmulas CPP con respecto a las tradicionales. Existen

⁷⁶DORREGO-MARTÍNEZ (2009).

varias clasificaciones de costes. Nosotros, siguiendo a Domínguez Sampedro, distinguimos entre costes de construcción, costes de operación, costes de mantenimiento y reposición y costes financieros. Inicialmente se puede afirmar que no existen elementos para definir a priori si el sector público es menos eficiente que el operador privado en la gestión de los costes de construcción. Así, algunas entidades especializadas en la gestión de construcción de infraestructuras han revelado un ahorro sustancial incluso con respecto a los operadores privados.⁷⁷

Siguiendo con la clasificación enunciada por Domínguez Sampedro, en cuanto a los costes de operación se refiere, *“la opinión más común, rubricada por la posición británica, es que el sector privado controla mejor los costes de personal y por ende la mayor parte de los costes de operación aunque en ciertas ocasiones sus gastos generales pueden ser más elevados que los de un gestor o empresa pública”*.⁷⁸ Por su parte los costes de mantenimiento y reposición son las partidas a las que menos atención dedica el sector público en sus proyectos. De hecho se les conoce como *“la cenicienta de los proyectos, dado que, o bien se subestiman, o por razones presupuestarias no se les asignan fondos suficientes”*.⁷⁹ Este es precisamente un punto que se debe cuidar en el análisis comparativo, pues aunque el sector privado pueda parecer más caro, dicha conclusión pudiera venir propiciada de una subestimación de dichos costes por parte del sector público.

Por último, siguiendo al citado autor, cabe añadir en cuanto a los costes financieros se refiere, que la doctrina es coincidente en afirmar que los costes financieros privados son siempre más elevados que los públicos en su doble vertiente: el coste de la deuda y el coste del capital privado. En los pasados ejercicios, la diferencia para el primero estaba alrededor del 1%, mientras que para el coste de

⁷⁷DOMÍNGUEZ SAMPEDRO (2008).

⁷⁸Ibíd. p.204

⁷⁹DORREGO-MARTÍNEZ (2009).

capital la diferencia oscilaba entre un 3% y un 7% aproximadamente. En la situación presente, con las turbulencias actuales de los mercados financieros, es muy probable que la diferencia haya aumentado sensiblemente. Y, aunque el apalancamiento pudiera mitigar este impacto negativo, las actuales condiciones financieras requieren con toda probabilidad un menor apalancamiento que antes, lo que agrava la situación adicionalmente.⁸⁰

Identificados los costes y riesgos que afectan al proyecto, se debe proceder a una adecuada valoración de ambos para poder decidir cómo se gestiona el proyecto.

Esta valoración debe completarse con un análisis cualitativo del proyecto en cuestión: *“El análisis cualitativo comprende la valoración de los efectos que tendrá la realización del proyecto directamente por la Administración Pública, o bien bajo la forma colaborativa, tanto en la sociedad como en los propios aspectos operativos de la Administración responsable. Se analizan así las cuestiones como la expectativa de demanda, el número de operadores interesados en participar en el proyecto, la inclusión de servicios no esenciales, la transferencia de riesgos, el fomento de la innovación, la adecuación del marco contractual a la vida esperada de los activos y la posibilidad de evolución periódica de los servicios con respecto a otros proyectos similares. Tales variables son consideradas en el Public Sector Comparator en Gran Bretaña o en los modelos CPP ensayados en Dinamarca”*.⁸¹

En cuanto al análisis cuantitativo, se refiere existen diversas maneras de acometerlo, así en Dinamarca se compara el valor actual neto (VAN), de los flujos de caja del proyecto realizado en colaboración con el sector privado, incluyendo todos los costes estimados del mismo, con los flujos de caja del mismo proyecto estimados bajo la hipótesis de que si se realizan con financiación presupuestaria tradicional. Los

⁸⁰ DOMÍNGUEZ SAMPEDRO (2008), pp. 204-205.

⁸¹ *Ibíd*em, p. 209.

ajustes asociados a la transferencia de riesgos se introducen en el modelo para ofrecer una imagen lo más realista posible. En Gran Bretaña, por su parte, se realiza una comparación similar, si bien se incorpora el mayor coste de la financiación privada, considerando una tasa interna de retorno (TIR) del capital privado antes de impuestos de entre el 13 y el 18 %.⁸²

A través de la identificación de riesgos y de su adecuada transferencia al sector privado, así como la adecuada estimación de costes y su correspondiente incorporación a la herramienta de comparación de proyectos, se obtiene una idea general sobre la eficiencia de los proyectos de ejecución y explotación de obras y prestación de servicios, en función de si se utiliza un sistema de colaboración público-privada para su efectiva realización, o por el contrario, se acude al sistema de financiación presupuestaria tradicional. Este análisis resulta crucial para adoptar la decisión sobre la forma de llevar a cabo el proyecto, todo ello en el entendimiento de que las fórmulas de colaboración público privada no constituyen necesariamente la solución más adecuada a la cualquier tipo de proyectos de infraestructuras o servicios, sino que sólo en aquellos casos en que se obtiene una clara mejora de la eficiencia resulta pertinente acudir a este tipo de instrumentos.

Como apuntan Ter-Minassian y Ruiz (2006, p. 55),⁸³ la dificultad para obtener una eficiencia derivada de la opción público-privada estriba en la existencia de una adecuada estructura de incentivos para ambos socios, que se base en un reparto de riesgos adecuado, lo que no es fácil de alcanzar. Los gobiernos no deben intentar transferir la mayoría de los riesgos al socio privado, pues económicamente no sería viable para éste último. Como principio básico, el socio privado debería asumir aquellos riesgos que le son propios por su condición de constructor y empresario que explota un negocio, ello implica inicialmente la asunción del riesgo de construcción,

⁸² *Ibidem*, pp. 211-212.

⁸³ TER-MINASSIAN – RUIZ (2006), p. 55.

explotación y demanda. No obstante, existen casos en los que la incertidumbre en la evolución de la demanda de los servicios ofrecidos bajo la colaboración acentúa los riesgos comerciales de la misma. En esos casos puede estar justificado que el gobierno comparta dichos riesgos. Por su parte, parece lógico que el gobierno asuma el riesgo político que se deriva de la incertidumbre en el tiempo de los cambios en la política pública y en el marco legal de este tipo de actividad. Los contratos a 20 o 30 años se realizan sobre la base de una estabilidad en el marco legal, por lo tanto, si el gobierno decide su cambio unilateralmente, debe asumir sus consecuencias.

En definitiva se puede concluir que la CPP puede ser más eficiente que la contratación tradicional siempre que exista un adecuado reparto de riesgos, que sólo se puede determinar caso por caso, entre el operador privado y el público, y que, en todo caso, mantenga un equilibrio de incentivos entre los dos socios. En este sentido se pronuncia Joan Ridao al afirmar *“En buena parte, sin embargo, las deficiencias que se pueden detectar en algunos de los ejemplos reales de CPP están, en muchos casos, relacionadas con las dificultades para establecer una estructura adecuada de incentivos para ambas partes, con planificaciones realizadas sobre hipótesis demasiado optimistas o con defectos evidentes en el diseño del marco institucional de cada operación.”*⁸⁴

1.4. MODELOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

La articulación de las colaboraciones público-privadas se puede llevar a cabo desde distintos instrumentos jurídicos, como contratos, convenios y acuerdos. A estas formas se refiere el Libro Verde de la comisión como operaciones de CPP de tipo contractual. Pero además existen otras operaciones de CPP que se instrumentan a través de entidades concretas, denominándose CPP de tipo institucionalizado.⁸⁵ Con

⁸⁴ RIDAO I MARTÍN (2012), p.37

⁸⁵ COMISIÓN EUROPEA (2004).

respecto a esta forma de colaboración institucionalizada, cabe decir, que entre nosotros se ha recogido desde antiguo en la legislación sobre contratación pública tanto estatal como local. Se trata de las sociedades de economía mixta o de las empresas mixtas a las que se referían, respectivamente, la Ley de Contratos del Estado de 1965 (art.66) y el Texto Articulado y Refundido de la Ley de Bases de Régimen Local de 1955 (art.161), figuras que aún hoy permanecen en nuestra legislación como una modalidad de gestión del contrato de servicios públicos (arts. 253 LCSP⁸⁶ y 85 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local).

A efectos de nuestro estudio, resulta relevante centrarnos en la CPP de tipo no institucional. Dentro de ella, cabe distinguir por un lado, aquella en la que el operador privado que participa se vincula al usuario final a través de la prestación directa del servicio, si bien siempre bajo el control de la Administración. Este modelo coincidiría con el modelo concesional recogido en nuestra legislación. Por otro lado, el modelo en el que el operador privado realiza y gestiona una infraestructura para la Administración Pública no susceptible de explotación económica o cuyo coste no se desee trasladar al usuario, de modo que la remuneración de la empresa que ha llevado a cabo esa tarea no adopte la forma de un canon o tarifa que abona el usuario, sino de una retribución periódica que la Administración abona al contratista.

Como apunta Fuertes Fernández, resulta común en la doctrina, clasificar modelos de CPP atendiendo a las operaciones que desarrolla el operador privado en cada uno de ellos. De la combinación de estas operaciones resultan concretas modalidades contractuales o institucionales que dan vida a las distintas fórmulas de CPP. No obstante, la efectiva puesta en práctica de los modelos depende, en gran medida, de que la legislación de cada Estado contemple expresamente o, al menos, no impida, su efectiva implantación.

⁸⁶ Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Así, siguiendo la clasificación mayoritaria propuesta por la doctrina de EEUU, expuesta por Fuertes Fernández, ésta contempla modalidades de realización de proyecto de infraestructura o servicio diferenciando el grado de implicación del socio privado en cuatro grandes categorías:⁸⁷

- En primer lugar, las que denominan fórmulas tradicionales de contratación que no responderían propiamente al modelo CPP y que serían básicamente dos:
 1. El contrato *llave en mano* o *turnkey project*, basado en el esquema Build and Transfer, en virtud del cual se encarga la construcción de la obra a un empresario privado, ciñéndose a las especificaciones dadas por la Administración contratante a cambio de un precio cierto. En definitiva se trata del clásico contrato administrativo de obra pública.
 2. El *outsourcing* de servicios específicos de gestión o mantenimiento, esto es, el contrato de servicios a la Administración Pública a cambio de un precio cierto y sin asumir el operador privado otras prestaciones que los servicios accesorios específicamente contratados.

- En segundo lugar, aparecen todas aquellas modalidades que se basan en la participación del socio privado en la construcción de la infraestructura, que revisten además, varias modalidades:⁸⁸
 1. El contrato DB (*Design and Build*) que puede considerarse el primer paso hacia las fórmulas CPP,⁸⁹ toda vez que el empresario particular se compromete a la entrega de un resultado u output y goza de un amplio margen de libertad de diseño y ordenación del proceso constructivo.

⁸⁷FUERTES FERNÁNDEZ (2010), pp. 262ss.

⁸⁸La clasificación es compartida por BUENO HUDSON (2011).

⁸⁹FUERTES FERNÁNDEZ (2010), pp. 262 y ss.

2. El contrato BLT (*Build, Lease and Transfer*), en virtud del cual el operador privado construye la infraestructura y después la arrienda a la Administración durante el plazo de vigencia del contrato, para después transferir la titularidad de la misma. En España esta modalidad ha adoptado la forma de arrendamiento operativo, combinando la constitución de un derecho de superficie sobre terrenos de titularidad pública para después concertar el arrendamiento inmobiliario de la infraestructura construida con la Administración que debe prestar el servicio asociado a la misma y transferir la titularidad del activo, al término del arrendamiento, al cedente del derecho de superficie, que es la propia Administración.
 3. El contrato DBLM (*Design, Build, Lease and Maintain*), como variante del anterior, que consiste en que el operador privado conserva el mantenimiento de la infraestructura como prestación adicional tras su arrendamiento a la Administración Pública.
 4. El contrato *Sale and Lease Back*, cuya virtualidad radica en ser una mera técnica de financiación del sector público, pues tras la adquisición del activo al sector privado se concierta el arrendamiento del mismo para la explotación del servicio.
- En el tercer grupo aparecerían aquellos contratos en los que la participación privada se limita a la financiación u operación de los servicios entre los que se puede destacar los siguientes:
 1. El contrato de *Lease* que no es otra cosa que la clásica concesión de servicios públicos.
 2. El contrato LDO (*Lease, Develop and Operate*) o LROT (*Lease, Renovate, Operate and Transfer*) que incorpora al anterior la renovación de activos por el sector público.
 3. El contrato BBO (*Buy, Build and Operate*), que incluye la extensión o ampliación de los activos.

4. El contrato *Developing Finance* (DF), que establece una fórmula de financiación del operador privado mediante el derecho a la explotación comercial de parte de la infraestructura o de establecimientos anejos a la misma.
 5. *Tax-exempt lease* o fórmula de financiación que consiste en beneficios fiscales al operador privado en contraprestación por la aportación de fondos.
- Finalmente, en el cuarto grupo aparecerían modalidades CPP en sentido estricto, esto es, la participación del socio privado en la construcción, financiación y operación de los activos:
 1. La modalidad por excelencia de esta categoría es el contrato BOT (*Build, Operate and Transfer*), que opera bajo el esquema habitual de la concesión de obra pública, de tal suerte que la Administración Pública adjudica la concesión a un operador privado para que construya, la gestione durante la vigencia de la concesión y reintegre después los activos al patrimonio de la Administración concedente. Normalmente el operador privado constituye una sociedad vehículo para llevar a cabo las fases de construcción y explotación, acudiendo a fuentes de financiación privada, generalmente bajo la fórmula del contrato *Project Finance*.
 2. Una importante variante del anterior contrato es el DBFO (*Design, Build, Finance and Operate*), fórmula original de la PFI británica especialmente propicia para la construcción de infraestructuras viarias. En este contrato aparecen con claridad los objetivos perseguidos desde el inicio por las fórmulas CPP, como son minimizar la contribución financiera de las entidades públicas en la construcción de grandes infraestructuras, aprovechar la ventaja tecnológica y de gestión, así como la capacidad de innovación del sector privado y mejorar la eficiencia de los recursos públicos mediante la adecuada transferencia de riesgos al sector privado.

3. Otra variante del contrato BOT es la modalidad DCMF (*Design, Construct, Manage and Finance*), utilizada sobre todo en Inglaterra para la construcción de centros penitenciarios y extendido después a otros países y a otras infraestructuras que no sean susceptibles de explotación comercial convencional.
4. En cuanto a la variante BOO (*Build, Own and Operate*), se caracteriza porque el sector privado mantiene la propiedad del activo y se emplea habitualmente en proyectos relativos a la canalización y saneamiento de aguas, así como al tratamiento de residuos sólidos urbanos.⁹⁰

Sobre las categorías expuestas, pueden existir otras combinaciones. En cualquier caso la idea que subyace es siempre la misma, la adecuada transferencia de riesgos al operador privado con objeto de minimizar el impacto presupuestario que la realización de obras o prestación de un determinado servicio pueda tener.

1.4.1. El *project finance*

En los apartados anteriores hemos examinado las principales fórmulas de CPP expuestas por la doctrina. Llegado este punto, resulta aconsejable exponer de forma individualizada la estructura de financiación denominada *project finance*, por dos razones fundamentales. La primera, de oportunidad, pues la complejidad de este mecanismo aconseja un tratamiento monográfico. La segunda de carácter sistemático, pues se trata de un modelo financiero aplicable a varios de los modelos de CPP descritos con anterioridad.

Según D'Onza, a quien junto a Soledad Cuenca, seguimos para la exposición de este modelo, "*el project finance(financiación de proyectos) es un esquema o modelo de*

⁹⁰ VAÑO VAÑO (2002), p.61.

*financiación que permite que un determinado proyecto de inversión, susceptible de generar flujos de caja razonablemente predecibles y sostenibles, pueda ser financiado empleando el mayor nivel de apalancamiento posible y utilizando como garantía los activos del proyecto y el flujo de caja (cash flow), a ser generado por el mismo, sin recurso o con recurso limitado a los socios promotores del proyecto”.*⁹¹

La posible utilización de este modelo de financiación, exige que el proyecto genere durante la fase de explotación, flujos de caja suficientes para cubrir los gastos de operación y mantenimiento, atender las exigencias financieras derivadas de la deuda generada, así como permitir una recuperación de la inversión de los promotores, con un beneficio adecuado al riesgo asumido en la correspondiente inversión.⁹²

Resulta lógico pensar que los proyectos más viables para este modelo son aquellos que frente a una baja incertidumbre, presentan una alta capacidad de generar flujos de tesorería como son las fórmulas BOT (*build, operate and transfer*).⁹³

Una de las características más importantes que presenta este modelo, es la limitación de responsabilidad del deudor. Esta responsabilidad se limita a través de una doble vía. Por un lado, mediante la creación de una sociedad vehículo (*Special Purpose Vehicle*) (en adelante, SPV), de tipo capitalista, con el único objeto de planificar, ejecutar y explotar el negocio en que consiste el proyecto financiado. Dicha sociedad va actuar como prestataria frente a las entidades financieras, de manera que los promotores del proyecto ven reducida su responsabilidad al capital aportado. Por otro lado, a través aplicación de las consecuencias del artículo 1. 911 del Código Civil (responsabilidad extracontractual).

⁹¹D'ONZA (2011), p. 226.

⁹²Ibidem, p.226.

⁹³JUAN LOZANO - RODRÍGUEZ MÁRQUEZ (2006), p. 81.

1.4.2. Estructura del modelo

Los principales agentes que intervienen en el proceso de diseño, estructuración y ejecución en los proyectos financiados mediante el modelo project finance, en su más amplia acepción son los siguientes:⁹⁴

1) Sociedad Vehículo del proyecto (en adelante SPV) normalmente constituida ad hoc para el desarrollo de un proyecto en concreto y titular de las infraestructuras y/o de los principales derechos asociados a ella.

2) La Administración.

3) Las entidades financieras.

4) Los accionistas.

5) El constructor, los operadores prestadores de servicios y el asegurador.

La figura central según Soledad CUENCA⁹⁵ es la sociedad vehículo del proyecto, que puede ser de capital público o privado, aunque no sea esto último lo más normal, como se ha visto en la ampliación de la Calle 30 en Madrid y en la construcción del Metro ligero de Tenerife.

Además, el sector público puede ser el principal e incluso único cliente de la SVP, dependiendo de la naturaleza de los activos y los contratos que vinculan a la Administración con la SVP durante la fase de operación del activo.

El cuarto agente de este proceso son los accionistas. Los objetivos de éstos afectarán directamente a la bondad de las condiciones de financiación y el éxito para el licitador de los proyectos. En efecto, el interés del accionista o, si se quiere del

⁹⁴ CUENCA (2009), pp. 526-528.

⁹⁵ *Ibíd.*

agente privado que participará en el contrato, será clave para el éxito de la operación.⁹⁶

Dentro del grupo de sociedades a las que pertenece el adjudicatario del proyecto se encuentra normalmente el constructor. Su papel es básico para el proyecto y su financiación por varios motivos, entre los que se pueden destacar los siguientes:⁹⁷

- Durante la fase de construcción el proyecto está “desprotegido”, no se generan ingresos, no hay certeza de ellos hasta que el proyecto entre en ejecución.
- Los gastos de construcción suelen ser, con diferencia el mayor capítulo de costes del proyecto, incluso a veces es necesario añadir todos o parte de los gastos de explotación de los primeros años en los que la generación de flujos monetarios no es suficiente para atender sus necesidades.
- Los costes de obra reales son esenciales para calcular la viabilidad y rentabilidad financiera de un proyecto.
- Las instituciones financieras buscarán una exposición lo más limitada posible, tanto en plazo como en importe al contrato de construcción para buscar una estructura óptima de financiación.

Por su parte, los proveedores de servicios están a veces vinculados patrimonialmente con los accionistas o los constructores y son los encargados de procurar los servicios definidos en la estructura del proyecto. Los requerimientos de operación, de mantenimiento y servicio no deberán ofertarse sin el concurso de estos proveedores. El papel de estas empresas es aún más significativo y además tiene un efecto directo en las condiciones de financiación en la medida en que la SVP sea remunerada por la calidad del servicio que presta. De hecho, en estos casos, una vez existan una o varias compañías responsables de la prestación del servicio, es a éstas a las que se traspasan las penalizaciones que la Administración imponga a la SVP por

⁹⁶ *Ibíd*em , p. 536.

⁹⁷ *Ibíd*em, p. 542.

incumplimiento en las condiciones de la prestación o de la disponibilidad y mantenimiento de la infraestructura⁹⁸. Esto permite en cierta medida una mitigación del riesgo para la citada SVP.

Por último, cabe destacar el papel de las entidades financieras en este proceso. La actuación de estas entidades es fundamental para el buen fin de estas operaciones, ya que a las incertidumbres propias de cualquier negocio, se unen otros condicionantes, como son el apalancamiento muy elevado y a largo plazo y la limitación temporal de generación de ingresos. Es por ello que la optimización financiera favorece la capacidad de financiación del proyecto y sus condiciones, de lo que serán beneficiarios los ciudadanos, tanto por la optimización de los pagos de la Administración como los de utilización directa de la infraestructura.

Como bien afirma Torrijos, *“al contrario de lo que pueda pensarse, el papel de estas entidades no es únicamente de prestamista, sino que cada vez cobran más importancia y relevancia sus tareas de asesoramiento financiero”*⁹⁹.

Dado el volumen de algunas de las operaciones de financiación de infraestructuras, se hace necesaria la participación de diversas entidades financieras como financiadores del proyecto, tomando la forma de sindicatos bancarios.

Para facilitar las relaciones entre el sindicato bancario, el promotor y la Administración, las financiaciones suelen estar lideradas por un grupo reducido de entidades. Este grupo de entidades, llamadas aseguradoras de la financiación, son las responsables de comprometer la deuda necesaria y firmar los contratos pertinentes de financiación (garantías, coberturas etc.). Una vez cerrada la financiación, con la firma de los contratos, estas entidades son las responsables de vender - ceder parte de

⁹⁸ Ibídem, p. 543.

⁹⁹ GONZÁLEZ TORRIJOS (2007), pp. 176.

préstamos al resto de bancos del sindicato, que entran a formar parte de la financiación en calidad de participantes¹⁰⁰.

En conclusión podemos afirmar, a la vista de lo expuesto, que el *project finance*, es un modelo de financiación estructurado, especialmente aplicable o susceptible de aplicación en aquellos proyectos en los que se pretende introducir un apalancamiento financiero, durante un tiempo considerable. Si bien su utilización puede extenderse a varios modelos de CPP, es especialmente adecuado para aquellos en los que apenas existen dudas sobre la rentabilidad del mismo, de tal suerte que los propios flujos de caja previstos sirven de garantía para hacer frente a la devolución de los préstamos en los que se incurre.

¹⁰⁰ *Ibidem.*

Capítulo II: LA INCORPORACIÓN DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La incorporación del contrato de colaboración público-privada a nuestro Derecho supone una de las novedades más significativas de cuantas incorporó la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) de 2007.¹⁰¹ Esta incorporación abre la posibilidad hasta ahora cuasi inexistente de recibir o coadyuvar a la financiación de proyectos de naturaleza pública, a la vez que asegura al sector privado el retorno de sus inversiones, mediante la posibilidad de celebrar contratos de larga duración. No obstante lo anterior, la falta de regulación reglamentaria de esta nueva técnica contractual, deja a sus protagonistas principales la tarea de configurar de forma pormenorizada su contenido específico, que tendrá lugar una vez se ponga en práctica de forma efectiva.¹⁰²

En el presente epígrafe se va analizar la citada incorporación a nuestro Derecho de esta técnica contractual. Para ello, resulta necesario estudiar los antecedentes normativos referidos a figuras afines, la definición actual contenida en la Ley sobre este nuevo contrato, sus características y elementos diferenciadores, así como las particularidades existentes en cuanto a su preparación y adjudicación se refiere. Por último, un análisis sobre el control administrativo de este tipo de contratos resulta esencial para poder ofrecer una idea clara de cómo ha pretendido el legislador la introducción en nuestro derecho del denominado contrato de colaboración entre el sector público y el privado.

¹⁰¹ Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público

¹⁰² JIMÉNEZ (2009), p. 266.

2.1. ANTECEDENTES

Aparte de lo ya enunciado anteriormente, desde el punto de vista puramente histórico, en cuanto a antecedentes normativos de colaboración entre el sector público y el privado se refiere, como antecedentes cercanos en el tiempo de figuras afines a la actualmente recogida en la LCSP, encontramos un nuevo ejemplo de colaboración en la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión. No obstante, existen ejemplos anteriores, cercanos a la figura hoy recogida por la LCSP, en las que se demuestra el interés de la Administración por atraer la financiación privada para la realización de infraestructuras. Así, autores como Jiménez¹⁰³ señalan como antecedente el denominado método alemán, según el cual “el precio del contrato será satisfecho por la Administración mediante un pago único en el momento de la terminación de la obra, obligándose el contratista a financiar la construcción adelantando las cantidades necesarias hasta que se produzca la recepción de la obra terminada”, introducido en nuestra legislación a través de la Ley 13/1996 de 30 de diciembre y de medidas de fiscales y administrativas y de orden social, desarrollado por el RD 704/1997, de 16 de mayo, por el que se regula el régimen jurídico, presupuestario y financiero del contrato administrativo de obra bajo la modalidad de abono total del precio.

Otro antecedente cercano son los denominados *peajes-sombra*, en los que se encarga al operador privado la ejecución, gestión operativa y mantenimiento de una infraestructura, a cambio de lo cual la Administración asegura al operador una retribución que se determina a partir del número de vehículos registrados y de kilómetros recorridos, multiplicados por la tarifa acordada, reconociéndose esta forma de colaboración como una variante de la retribución por la utilización de la obra

¹⁰³ *Ibidem*, p.267

(art.246 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la redacción dada por la Ley 13/2003, de 23 de mayo).¹⁰⁴

También ha sido frecuente la participación de capital privado en entidades o sociedades instrumentalizadas mediante la aportación de financiación privada a la entidad pública a través de la titulización de activos.¹⁰⁵ En tanto en cuanto que se trata de sociedades de capital mixto nos hallamos propiamente ante lo que la Comisión Europea califica como colaboración institucionalizada.¹⁰⁶

Como antecedente más inmediato de la incorporación de la CPP a nuestro derecho destaca, sin duda, la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública. La citada norma otorga a un concesionario la construcción y explotación de una obra durante un período de tiempo determinado a cambio del derecho a percibir una retribución derivada de la propia explotación de la obra en versión más elemental, aunque esa versión puede complicarse cuando la Administración se obliga a complementar las tarifas percibidas por el concesionario a través de múltiples fórmulas reguladas en la propia Ley.¹⁰⁷

Esta Ley daba carta de naturaleza a la colaboración público-privada en su forma no institucionalizada y abría un elenco de posibilidades de indudable éxito, si por éxito entendemos el uso extensivo e intensivo de esta figura por parte de las

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ VARELA, (2006), pp. 153-166.

¹⁰⁵ Véase el artículo 19 c) de la Ley 22/1999, de 21 de diciembre, de la Comunidad de Madrid de Creación del Ente de Derecho público MINTRA (Madrid Infraestructura del Transporte).

¹⁰⁶ Un ejemplo de esto lo constituye la sociedad mercantil Madrid calle 30, SA, así como la gestión, explotación conservación y mantenimiento de la vía y sus infraestructuras y espacios relacionados,

¹⁰⁷ En la redacción original de la Ley 13/2003 se admitía que la concesión tuviese por objeto la construcción de la obra más la explotación o únicamente la explotación sin ejecución de la misma. La confusión de esta última posibilidad con el contrato del gestión de servicios públicos y la necesidad de ajustarse con mayor precisión a la tipología de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 (art.1.3) ha llevado al legislador a modificar ese criterio, de modo que la LCSP exige ya que la concesión incluya, ambas prestaciones: construcción y explotación.

Administraciones Públicas, que ocasionalmente han intentado llevarla hasta límites que la desdibujan. Como apunta González García, *“la propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa abrió el debate sobre la posibilidad o no de explotar ciertas modalidades de obras públicas, lo que dio paso a otras formas de recurso a la CCP, más originales desde un punto de vista jurídico y que recogían flecos de la legislación entonces en vigor, concretamente los principios de libertad de pactos y mecanismos derivados de contratos privados de la Administración”*¹⁰⁸.

En puridad como afirma el citado autor¹⁰⁹, los antecedentes inmediatos sobre la regulación del contrato de Colaboración entre el sector público y el sector privado en España arrancan, en realidad, del Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005,¹¹⁰ por el que se adoptan mandatos para poner en marcha medidas de impulso a la productividad (publicado como anexo a la resolución de la subsecretaria de Presidencia de 1 de abril de 2005), que establece, en su apartado cuadragésimo cuarto lo siguiente:

“El Ministerio de Economía y Hacienda incorporará en el anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transpondrá la Directiva 2004/18/CE, además de las normas necesarias para la completa y correcta trasposición de la directiva al derecho interno, una regulación de los contratos de colaboración entre el sector público y el privado, para el cumplimiento de obligaciones del sector público, así como los mecanismos legales adecuados que permitan identificar la proposición más ventajosa presentada por los licitadores a fin de garantizar la obtención del mayor valor posible como contrapartida a los recursos financieros aplicados al contrato.”

¹⁰⁸ GONZÁLEZ GARCÍA (2010), p. 20.

¹⁰⁹ Ibídem p.26

¹¹⁰ Dicho acuerdo fue publicado mediante Resolución de la Subsecretaria de la Presidencia de 1 de abril de 2005.

Desde esta perspectiva, queda clara la intención de los poderes públicos de incorporar el contrato de colaboración público-privada a la legislación española, como una figura autónoma, diferenciada de los restantes contratos típicos que se recogían en la normativa contractual, lo que finalmente vio la luz con la promulgación de la Ley 30/2007, de 30 de noviembre de Contratos del Sector Público.

Pese a lo novedoso del contrato, su importancia económica y el papel que está llamado a desempeñar en el marco de la contratación, se han producido de una forma rápida una serie de modificaciones de distinto alcance e importancia que pasamos a relatar.

La primera modificación viene de la mano del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo (RCL 2010, 1396), por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. En concreto, el artículo 16 del citado Real Decreto-Ley establece que *“ En el ámbito del Sector Público Estatal, antes de autorizar un contrato de colaboración entre el sector público y el privado, así como un contrato de concesión de obra pública, tipificados en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, cuyo valor estimado exceda de doce millones de euros, será preceptivo y vinculante un informe del Ministerio de Economía y Hacienda que se pronuncie sobre las repercusiones presupuestarias y compromisos financieros que conlleva, así como su incidencia en el cumplimiento de objetivos de estabilidad presupuestaria, según lo establecido en el Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre. A tal efecto, el órgano de contratación deberá proporcionar información completa acerca de los aspectos financieros y presupuestarios del contrato, incluyendo los mecanismos de captación de financiación y garantías que se prevea utilizar, durante la vigencia del mismo, así como en su caso el documento de evaluación previa a que se refiere el artículo 118 de la Ley de Contratos del Sector Público.*

En puridad, esta modificación supone una cierta restricción a la utilización de la fórmula contractual. Se trata de controlar la incidencia que el contrato en cuestión pueda tener en los objetivos centrales de política económica.

La segunda modificación trae causa de la promulgación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible (en adelante LES). El artículo 37.2 de la citada Ley establece que *“la financiación de los colaboradores privados en los contratos de colaboración público-privada no institucionalizados, en los supuestos en que por razón del objeto tengan naturaleza de concesión de obra pública, se llevará a cabo en las condiciones y términos previstos en la normativa reguladora de de financiación de la concesión pública”*.

Esta modificación supone una asimilación en materia de acceso a la financiación, entre la concesión pública y el contrato de colaboración publico-privada, lo que hasta entonces no estaba regulado.

Por otro lado, la citada LES introduce una nueva modificación de la LCSP directamente en su regulación del contrato de colaboración. A través de su Disposición Adicional 18, se modifica el contenido del artículo 11 de LCSP relativo a su definición, de la siguiente manera:

“(...) 1. Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquéllos en que una Administración Pública o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes actividades (...).”

Se amplía el elemento subjetivo del contrato de colaboración entre el sector público y el privado, mediante la inclusión de la Entidad Pública empresarial, junto a Administración Pública.

Todas estas modificaciones a la LCSP, junto a otras que no afectan de manera directa al contrato de colaboración, se refunden en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

2.2. EL CONTRATO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La actual regulación de este contrato en la LCSP, es como se ha puesto de manifiesto con anterioridad es reciente. Pero además, a diferencia de la contenida con respecto a los otros contratos nominados, no es muy detallada, pues, la LCSP se limita prácticamente a definir el mencionado contrato y determinar la forma de adjudicación del mismo. A diferencia de otros contratos típicos recogidos en la LCSP carece además de referencia a Directivas comunitarias, toda vez que las instituciones europeas han entendido hasta ahora que se trata de una fórmula contractual cuyos perfiles no son aún lo suficientemente precisos como para proceder a su regulación.¹¹¹

Es por ello que la ley española se ha visto obligada a inspirarse en modelos propios de otros países, en particular en el modelo francés recogido en la *Ordonnance* francesa.¹¹²

¹¹¹ Coinciden en esta apreciación el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones. Del primero puede verse su Dictamen acerca del *Libro verde sobre la colaboración público privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones* (2005/C120/18). Del Comité de las Regiones véase también su Dictamen sobre el citado *Libro verde* (2005/C71/05).

¹¹² La *Ordonnance* núm 2004-559, de 17 de junio *Partenariat public-privé* introduce este nuevo tipo de contrato en la legislación francesa. Esta norma, así como, la legislación complementaria y jurisprudencia

2.2.1. El artículo 11 de la LCSP

Nuestro Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLSP) recoge un cuádruple objeto para el contrato de colaboración. El art.11 define el contrato de colaboración como aquel:

“En que una Administración Pública o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas encarga a una entidad de derecho privado por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

- a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.*
- b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.*
- c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.*
- d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendada”.*

asociada están accesibles en el sitio web que Ministerio de Economía y finanzas galo dedica a las CPP (www.ppp.minefi.gouv.fr).

Posteriormente la Loi 2008-735, de 28 de julio, *relative aux contrats de partenariat*, introdujo sustantivas modificaciones en la *Ordonnance* 2004-559, con la intención de dar un nuevo impulso a esta figura contractual, clarificando su régimen jurídico y ampliando su ámbito de aplicación.

En cuanto a la contraprestación a la que tiene derecho el operador privado, para recuperar la inversión realizada, el TRLCSP prevé un precio que satisfará durante toda la vida del contrato, y que podrá estar vinculada al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento (art.114 TRLCSP).

La definición contenida en la Ley, configura al Contrato de CPP como uno complejo que contiene o puede contener elementos definitorios y propios de cualquiera de los otros nominados, así como señala GONZÁLEZ GARCÍA¹¹³ *“la característica central es que los contratos de colaboración público-privada se caracterizan por ser complejos, tanto en las prestaciones que incorporan como en los sujetos participantes, tanto públicos como privados, que excede en mucho la relación bilateral entre la Administración y contratista en el contrato de obras”*. Esta naturaleza mixta de facto del Contrato de colaboración entre el sector público y el privado (CPP) hace que, como más tarde veremos, las determinaciones sobre su régimen jurídico y la búsqueda del mismo no se conformen como una labor simple.

La multiplicidad de objetos que puede cubrir este contrato, junto a la inexistencia de uno específico del citado contrato, hace que el mismo se configure como una técnica contractual, en vez de un contrato nominado, utilizable en la medida en que presente una ventaja comparativa con respecto a la aplicación directa de un determinado contrato nominado o bien una configuración mixta de éstos.¹¹⁴ Se trata como afirma Ridao¹¹⁵ de “contratos que se caracterizan, pues, por una difícil combinación de factores y por la confluencia de una multiplicidad de sujetos e intereses con una larga lista de prestaciones de orden diverso que superan la bilateralidad presente en otros tipos de contratos administrativos”

¹¹³ GONZÁLEZ GARCÍA (2006), p. 12.

¹¹⁴ JIMÉNEZ (2009), p.290.

¹¹⁵ RIDAO I MARTÍN (2012), p. 49.

El contenido del artículo 11 del TRLCSP pone de relieve los elementos diferenciadores de este contrato. De entre ellos cabe destacar el objeto principal del mismo, la realización de una actuación global e integrada. Como hemos visto, las prestaciones que lleven a la consecución de la citada actuación, no difieren de las descritas en los distintos contratos nominados regulados en la propia Ley. La diferencia reside, pues, en la necesidad de que la conjunción de las citadas prestaciones conlleven la realización de lo que realmente es el objeto último del contrato, la actuación global e integrada. En puridad se trata de solicitar al operador privado una gestión global que trasciende a la mera realización de un servicio concreto. La mencionada Ordonnance francesa contiene la misma referencia al carácter global de la prestación que se contrata con el operador privado, es la denominada *missione globale* contenida en el art.1 de la citada norma.¹¹⁶

Esta exigencia de alguna manera ya se contenía en la Ley 13/2003 reguladora del contrato de concesión de obra pública, que ha sido reproducida en el art. 7 del actual TRLCSP, al considerar como parte de su objeto, no sólo la ejecución de la misma, sino también la explotación, conservación, mantenimiento y la correcta prestación de los servicios derivados de la obra.

Partiendo de lo expuesto, si ya estaba contemplado en la Ley, ¿qué necesidad había de introducir la CPP como una categoría contractual independiente? Es más, la doctrina se ha preguntado si dado el tipo de tareas y objetivos del contrato CPP, no podríamos considerar la concesión como el marco jurídico básico genérico del mismo, configurando aquél como una especie de “concesión evolucionada”, a la que se asimilaría.¹¹⁷ A esta cuestión hay que responder negativamente, como afirma Ariño, porque el CPP, por hipótesis es de contenido variable y por lo mismo resulta

¹¹⁶ Ver, artículo 1 de L'Ordonnance 559 de 17 de Junio de 2004 sobre contratos de *partenariatop*. cit

¹¹⁷ ARIÑO (2008), p. 21.

intipificable. Ciertamente, en la medida en que el principal objeto o prestación de muchos CPP puede ser la construcción, instalación y/o explotación de una obra con o sin prestación directa de un servicio al público (o a la Administración), el régimen jurídico de fondo aplicable a esos CPP será el concesional. Pero en otros casos eso no será así; la prestación contratada será distinta y habrá que identificar la prestación principal y el tipo de contrato al que se asimila.

Según los defensores de esta figura, la razón que viene a justificar esta naturaleza indefinida jurídicamente, es que los contratos típicos, no resultan suficientemente abiertos y flexibles para englobar proyectos complejos en los que se combinen múltiples prestaciones, algunas de las cuales pueden ser ajenas al “tipo” legal o concesional.¹¹⁸

Desde nuestro punto de vista, coincidiendo con este sector defensor, la concesión de obra pública contiene elementos coincidentes con el de CPP, pero no abarca todas las posibilidades. El contrato de concesión de obra pública, no agota todas las posibilidades que caben dentro del concepto actuación global e integrada. Incluso podemos afirmar que se puede estar ante una CPP sin necesidad de que entre las obligaciones del operador privado, exista la de realizar obra alguna. Piénsese en la explotación de una instalación compleja como es una instalación de mantenimiento de aeronaves militares, que más tarde trataremos en profundidad. Es decir, el contrato de concesión de obra pública es específico, mientras que la CPP en conjunto es una técnica contractual que no se agota en la realización de las prestaciones contenidas en el primero. Algunos autores han situado la diferencia o la característica principal del concepto de actuación global e integrada, en la financiación de las inversiones inmateriales y la asunción por parte del operador privado del propio diseño del proyecto, es decir en definitiva la financiación, diseño y ejecución del proyecto.¹¹⁹En

¹¹⁸ *Ibíd.*, p. 22.

¹¹⁹ JIMÉNEZ (2009), p.291.

realidad, tampoco creemos que la citada definición agote las posibilidades que caben dentro de la CPP. Sí es cierto, que un diseño de un proyecto, acompañado de su financiación y posterior explotación puede ser considerada una actuación global e integrada pero no la única. Sí nos parece más acertada la opinión de PALOMAR OLMEDA¹²⁰ al hablar de los posibles objetos del contrato de colaboración, *“la referencia a la gestión integral, conlleva una referencia global que incluye, por tanto, un conjunto prestacional, probablemente imaginativo y específico en función del tipo de instalaciones, que no puede ser asumido únicamente por alguno de los contratos típicos...”*

Llegados a este punto consideramos que estamos en presencia de una técnica contractual y financiera que pretende permitir a la Administración concluir acuerdos y contratos con el sector privado, más allá de los que se pueden realizar de una forma aislada con los contratos considerados nominados. Eso sí, el recurso a esta técnica contractual sólo se justifica cuando se demuestre que presenta una ventaja comparativa respecto a la contratación específica.

Todo ello explica que el art. 313 TRLCSP renuncie a establecer un régimen jurídico propio del contrato de colaboración y remita a lo dispuesto en las normas generales de la Ley y a las *“especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal de aquél (del contrato de colaboración), identificada conforme a lo dispuesto en el art. 136 a) en lo que no se oponga a su naturaleza, funcionalidad y contenido particular conforme al art.11.”*

Si, con carácter general, el TRLCSP trata de resaltar la aplicación-con matices- al ámbito de la contratación administrativa del principio de libertad de pactos mucho más en el ámbito del CPP en el que, precisamente, la característica más reseñable es, precisamente, la indeterminación inicial de las prestaciones y la conformación de una

¹²⁰ PALOMAR OLMEDA A. (2011), p.114

oferta global que sólo aparece definida en términos de necesidades de la respectiva Administración pública.¹²¹ Siguiendo esta opinión, González García¹²² afirma que *“la ordenación que resulta de la LCSP conduce a una desregulación casi total del contenido del contrato para ser el resultado del pacto entre la Administración y contratista. O dicho de otro modo, manifestación clara de la postmodernidad jurídica en este contrato del sector público”*.

Estos contratos plantean, así, toda la problemática de los contratos mixtos, para los cuales el antiguo artículo 6 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas¹²³ y el actual artículo 12 del TRLCSP consagran el criterio siguiente: “Cuando un contrato administrativo contenga prestaciones correspondientes a otro u otros administrativos de distinta clase se atenderá para su calificación y aplicación de las normas que lo regulen, el carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico” (art.6 LCSP). La nueva Ley reitera dicho criterio, pero referido sólo a “las normas que deban observarse en su adjudicación”, lo que deja fuera el régimen jurídico de fondo del contrato. Lo que no es relevante a efectos de nuestro estudio, pues el CPP se adjudicará mediante el diálogo competitivo.

La doctrina española, en general, se ha mostrado crítica con este nuevo modelo de contrato, o mejor dicho con la forma en que la LCSP ha querido configurarlo.¹²⁴ En opinión de Ariño,¹²⁵ *“detrás de esta figura hay un nuevo diseño, valioso, aunque difícil de instrumentar, de política contractual, que se refleja en la descripción del artículo 11. Pero no hay en rigor un nuevo tipo jurídico, sino que el CPP es un envoltorio-como lo califica Villar- en el que caben distintos tipos de contratos.”* “Nuestro país -escribe el

¹²¹ Ibidem, p. 115.

¹²² GONZÁLEZ GARCÍA (2006) ,p. 90.

¹²³ Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 2/2000 de 16 de junio.

¹²⁴ GONZÁLEZ GARCÍA (2006) , p. 26.

¹²⁵ Ibidem

citado autor- no necesitaba para nada la implantación de los denominados contratos PPP porque esto ya se encontraba reconocido en las formas contractuales existentes en el TRLCAP". Estas formas eran básicamente la concesión, la empresa mixta y el concierto. Todas las características o modalidades del PPP podían englobarse en el alguna de esas formas, junto al arrendamiento operativo."

Desde nuestro punto de vista, si bien es cierto que la concesión y el concierto ya estaban regulados en la anterior LCAP, la regulación actual de la CPP contenida en la nueva Ley es más ambiciosa. De hecho, permite la celebración de contratos que no se agotan con la concesión o el concierto y que como luego veremos, pueden resolver muchas necesidades en el ámbito del Ministerio de Defensa. Supone para este Departamento ministerial la posibilidad de llevar a cabo negocios jurídicos, que en otros países de nuestro entorno se vienen celebrando desde finales del siglo pasado, con resultados, como más adelante expondremos, más que satisfactorios. Quizás el circunscribir la posible utilización de la CPP únicamente al campo de las infraestructuras públicas, haya conducido al error de considerar a este sector crítico de la doctrina, innecesaria su introducción en la LCSP como técnica contractual independiente. Es más, esta crítica, desde nuestro punto de vista resulta irrelevante, pues el hecho de que el legislador no haya constituido un nuevo tipo contractual nominado, no hace sino corroborar su carácter de técnica contractual cuya incorporación a nuestro derecho consideramos más que oportuna. Ya que esta colaboración se concibe en términos más dinámicos y modernos que los hasta ahora conocidos, puesto que la Ley incorpora algunos de los elementos que, especialmente en la definición anglosajona, son exigibles para que pueda hablarse de una auténtica CPP. Nos referimos sobre todo a la asunción de mayores riesgos por parte del contratista colaborador, cuya retribución puede ser condicionada al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento (art.11.4 TRLCSP); asimismo, a la obtención de un mayor valor por precio que permita dar sentido a la presencia de la iniciativa privada en esta forma de contratación, a todo lo cual se refiere el art. 136 TRLCSP como elementos que han de tomarse en cuenta antes de decidirse por el contrato de colaboración.

Por último, desde un punto de vista práctico, merced a esa técnica, las Administraciones Públicas pueden plantearse la realización de proyectos que de otra forma no podrían hacer frente sin incurrir en déficits insostenibles en el estado actual de los compromisos europeos en materia de estabilidad presupuestaria. Ante esta dificultad, el contrato de colaboración también constituye una solución financiera que, además, podría superar con éxito el examen de las instituciones europeas en cuanto se ajuste a los criterios de EUROSTAT sobre transferencia de riesgos al operador privado.¹²⁶

En definitiva, debemos reiterar, que si bien podemos afirmar que el CPP no tiene un régimen jurídico propio o único, ello no constituye ningún obstáculo para concluir negocios jurídicos con el sector privado, que de alguna manera, ya eran demandados por el citado Departamento Ministerial y sin embargo no se realizaban por la ausencia de regulación que lo permitiese.

A continuación se detalla el contenido del contrato de CPP que según el art.136 del TRLCSP debe contener una vez adjudicado. El citado artículo establece que los contratos deberán incluir las cláusulas relativas a los extremos previstos en el art.26 de la propia Ley.¹²⁷

Además del contenido descrito, exigible como mínimo para cualquier contrato, el propio art.136 establece que en caso del contrato de colaboración se ha de incluir

¹²⁶ Reglamento (CE) 2223/1996, del Consejo, de 25 de junio de 1996, relativo al Sistema de Cuentas Nacionales y regionales de la Comunidad.

¹²⁷ El art.26 del TRLCSP recoge el contenido mínimo de todo contrato suscrito por una Administración pública, esto es: identificación de las partes, acreditación de la capacidad de los firmantes, definición del objeto, referencia a la legislación aplicable, enumeración de los documentos que integran el contrato, precio o modo para determinarlo, duración o las fechas estimadas para el comienzo de su ejecución y para su finalización, así como las prórrogas, condiciones de recepción, entrega o admisión de prestaciones, condiciones de pago, supuestos de resolución, crédito presupuestario o el programa o rúbrica contable con cargo al que se abonará el precio, y la extensión objetiva y temporal del deber de confidencialidad que, en su caso, se imponga al contratista.

asimismo un conjunto de estipulaciones específicas de este contrato, referidas a los siguientes aspectos:

a) La *identificación de las prestaciones principales* que constituyen su objeto, que condicionarán el régimen sustantivo del contrato. La dificultad mayor que plantea este aislamiento de las prestaciones principales del contrato deriva precisamente de que en la CPP, y por tanto en este contrato, hay un agregado de figuras jurídicas, complementarias entre sí, que configuran una prestación global a la Administración. Se ceden bienes, se encomienda construir una obra, prestar unos servicios principales, se estructura una relación financiera, se incluye servicios complementarios; cada una de las cuales dispone de sustantividad propia.

En todo caso, el desarrollo que ha tenido en otros ordenamientos jurídicos ha permitido configurar ciertas guías para la determinación de cuál es la prestación característica; teniendo siempre en cuenta la atipicidad a la que hemos hecho referencia.¹²⁸

b) Las *condiciones de reparto de riesgos* entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones. La idea de la que debemos partir es que estos contratos también se ejecutan a riesgo y ventura del contratista. No obstante la propia legislación, en su artículo 215,¹²⁹ permite que se proceda a repartos diferentes de riesgo en este contrato, aunque en principio no se puede proceder a una imputación de riesgos a la Administración superior a la que resulte razonable. No obstante, si tal

¹²⁸ *Ibidem*

¹²⁹ El art. 215 del TRLCSP establece “la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo pactado para el de obras en el artículo 231, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y sector privado.”

ocurriera, nos encontraríamos en una alteración de la naturaleza del contrato, tal como ocurre con la relación entre la concesión de obra pública y el contrato de obra. Como ha señalado GÓMEZ-FERRER MORANT,¹³⁰ aludiendo al problema de reparto de riesgos en la concesión de obras públicas, lo que es extrapolable a este contrato, *“lo importante es poner ahora de relieve que el concesionario asume el riesgo de financiación de la construcción y explotación de la obra a partir de las bases establecidas en el contrato. Y que el “mínimo” no deberá ser tan alto que excluya el riesgo, sino que habrá de ser el adecuado para que una empresa “eficiente” asuma el riesgo de financiar la construcción y explotación de la obra”*.

c) Los *objetivos de rendimiento* asignados al contratista, particularmente en lo que se refiere a la calidad de las prestaciones de los servicios, la calidad de las obras y suministros y las condiciones en las que son puestas a disposición de la Administración. Como se puede apreciar, será un elemento determinante de la remuneración a través de la estructuración de los pagos por disponibilidad.

d) La *remuneración del contratista*. En todo caso, deberá desglosar las bases y criterios para el cálculo de los costes de inversión, de funcionamiento y de financiación y en su caso, de los ingresos que el contratista pueda obtener de la explotación de las obras o equipos en caso de que sea autorizada y compatible con la cobertura de las necesidades de la administración.¹³¹ En todo caso, debe recordarse la doctrina básica para lograr el efecto de la desconsolidación contable: *“los pagos por la Administración dependerán del nivel de efectivo de disponibilidad asegurado por el cliente privado durante un periodo de tiempo determinado”*.¹³²

e) Las *causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración* a lo largo del periodo de ejecución del contrato. Este elemento

¹³⁰ GÓMEZ-FERRER-MORANT, (2004), p. 1112.

¹³¹ GONZÁLEZ GARCÍA, (2010)

¹³² Eurostat, Manual del SEC-95, sobre el déficit público y la deuda pública, parte IV, “Contratos a largo plazo entre unidades administrativas y socios privados” p. 15.

supondrá también que la Administración contratante está en condiciones de efectuar una labor de inspección constante de los niveles de calidad.

f) Las *fórmulas de pago*.

g) Las *fórmulas de control* por parte de la Administración de la ejecución del contrato, especialmente en relación con los objetivos de rendimiento, así como las condiciones en que se puede producir la subcontratación.

h) Las *sanciones y penalidades*. Conviene de nuevo recordar la doctrina de Eurostat sobre estas sanciones: “...la reducción en los pagos por la Administración en una cuantía muy inferior a la que correspondería a la parte de servicios no prestados demostraría la existencia de una sanción marginal, lo que sería contrario a la filosofía básica de una transferencia obtenidas por el contratista”¹³³.

i) Las *condiciones en las que puede procederse* por acuerdo o, a falta del mismo, por una decisión unilateral de la Administración, *a la modificación de determinados aspectos del contrato o a su resolución*, particularmente en supuestos de variación de las necesidades de la Administración, de innovaciones tecnológicas o de modificación de las condiciones de financiación obtenidas por el contratista.

j) El *control* que se reserva la Administración *sobre la cesión total o parcial del contrato*.

k) El *destino de las obras y equipamientos* objeto del contrato a la finalización del mismo.

l) Las *garantías* que el contratista afecta al cumplimiento de sus obligaciones.

m) Por último, la referencia a las *condiciones generales* y, cuando sea procedente, *a las especiales que sean pertinentes* en función de la naturaleza de las

¹³³ Ibídem, p. 16.

prestaciones principales, que la Ley establece respecto a las prerrogativas de la Administración y a la ejecución, modificación y extinción de los contratos.

Como se puede apreciar una vez más, la naturaleza compleja de este negocio jurídico obliga a la Administración a incluir en el clausulado del contrato, no sólo los extremos comunes a los demás contratos administrativos, sino unos requisitos “extra” propios de esta técnica contractual.

2.2.2. Características distintivas del contrato de CPP. Análisis del a. 134 del TRLCSP

Analizado el posible objeto de esta técnica contractual, procede acometer la identificación de las características propias de la misma. Las notas características del contrato de CPP, como son el carácter complementario y subsidiario del mismo, así como la transferencia de riesgos al operador privado, son desarrolladas de manera significativa en el artículo 134 de la Ley. Además de estas notas, que de alguna manera ya se indicaron en la redacción del artículo 11, el citado artículo 134 aclara el verdadero carácter de este contrato. Resulta llamativo que la sistemática seguida es idéntica a la implantada en la regulación francesa. Así, la rúbrica del artículo 134 no anuncia esta definición a la que aludimos, sino que tímidamente lleva por rúbrica el anuncio de un procedimiento, la evaluación previa. Sin embargo, el legislador ha preferido seguir la sistemática de la *Ordonnance* francesa en la que se inspira, que diferencia igualmente la definición del contrato (art. 1º) de la regulación de aspectos esenciales del mismo, que figuran en el art. 2º del citado texto legal, que es expresivo del carácter subsidiario con el que se concibe el contrato de *partenariat* galo, al establecer que únicamente se puede acudir a este tipo de contrato cuando no exista la posibilidad de cubrir las necesidades de la Administración a través de los contratos típicos establecidos en la legislación administrativa francesa.

Así, el artículo 134.1 del TRLCSP, bajo la rúbrica “Evaluación previa”, establece:

*“Con carácter previo a la iniciación de un expediente de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, la Administración contratante deberá elaborar un **documento de evaluación** en que se ponga de manifiesto que, habida cuenta de la complejidad del contrato, la Administración no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato, y se **efectúe un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación**”.*

De la anterior exigencia legal podemos identificar los siguientes elementos y características del contrato de colaboración:

- La complejidad del contrato de colaboración
- La subsidiariedad
- La transferencia de riesgos al operador privado
- La eficacia
- La duración del contrato

La idea de complejidad del contrato de colaboración se halla ya presente en el art. 11 LCSP que alude a la misma explícitamente en el apartado 1 a) al referirse a sistemas, equipos, productos o bienes complejos y en el 1 b) alusivo a la gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas. Asimismo, la idea de complejidad del contrato se encuentra implícitamente presente en el 1 c) del mencionado art.11, en el que se define otro de los posibles objetos del contrato y se señala como tal *“la fabricación de bienes y prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado”, lo que nos remite a la imagen de un contrato que tiene por objeto tecnología novedosa y, desde luego, compleja*”.

La consecuencia del carácter complejo del contrato, está también reflejada en su tramitación. Así, el propio artículo 134 introduce un trámite, la evaluación previa, que no resulta preciso en el resto de los contratos recogidos en la LCSP. La finalidad de esta evaluación, es precisamente evaluar su complejidad y determinar si realmente el objeto que se pretende contratar puede hacerse a través de cualquiera de los otros contratos regulados en la Ley o por el contrario se debe acudir a esta técnica contractual.

Como afirma Palomar Olmeda, en el denominado documento de evaluación *“la Administración tiene que establecer la calificación de contrato de especial complejidad de la que sigue una consecuencia: que la Administración no está en condiciones de precisar la prestación a que el mismo se contrae”*.¹³⁴

En cualquier caso, el artículo 134 prevé la posibilidad de que la Administración no esté en condiciones de alcanzar los objetivos proyectados, por falta de medios técnicos, o incluso tener los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato pretendido, en estos casos la Administración debe realizar un ejercicio de evaluación de las posibilidades existentes, mediante análisis comparativos, para finalmente sí es el caso, justificar la utilización subsidiaria del contrato de colaboración público-privada.

La complejidad del contrato puede, por tanto, responder a razones de tres tipos, jurídicas, financieras y técnicas. Según JIMÉNEZ¹³⁵ *“La mención de los tres elementos de complejidad en pie de igualdad no puede ocultar el hecho de que, en la práctica, el elemento financiero emerge como el más importante y definitorio en la utilización del contrato de colaboración. Piénsese que la complejidad técnica puede*

¹³⁴ PALOMAR OLMEDA (2011), p. 115.

¹³⁵ JIMÉNEZ (2009), p.279.

resolverse con otro contrato de servicios, fórmula habitualmente utilizada. Lo mismo se puede predicar de la complejidad jurídica”.

Como señala PALOMAR OLMEDA *“La colisión entre estas dos perspectivas, esto es, entre la indeterminación que justifica la existencia del contrato y la indeterminación del contenido prestacional, constituye una línea realmente difícil de trazar. Es evidente, que si no se sabe qué se quiere, difícilmente se puede establecer que los contratos para adquirir lo que no se sabe no son suficientes”*.¹³⁶

Esta circunstancia también es resaltada por CHINCHILLA,¹³⁷ cuando señala que *“la complejidad del contrato de colaboración es tal que la Administración, antes de licitarlo, necesita la colaboración del socio privado o, lo que es lo mismo, la experiencia de las empresas del sector de que se trate para diseñar jurídica, económica y financieramente el mismo...”*.

En puridad, este elemento de complejidad al que se alude no es nuevo, pues las distintas leyes reguladoras de los contratos del Estado siempre de una manera u otra contemplaron esta posibilidad. Así la asistencia técnica para la redacción de pliegos, la misma asistencia para la determinación de objetos concretos dentro del contrato de servicios, siempre fue objeto de regulación. Cuál es la intención del legislador, entonces al introducir este concepto diferenciador. Desde nuestro punto de vista, el legislador pretende atraer bajo el manto de la regulación del contrato de colaboración, la determinación del régimen jurídico aplicable a aquellos contratos que claramente no puedan verse regulados por el marco legal establecido para los nominados, bien porque la línea definitoria de los mismos desde un punto de vista económico no pueda trazarse nítidamente o bien porque el objeto pretendido exceda de los límites definitorios establecidos para cada uno de ellos. No se debe olvidar que

¹³⁶ PALOMAR OLMEDA (2011), p. 116.

¹³⁷ CHINCHILLA MARÍN, (2006), p. 630.

el citado contrato de colaboración pretende regular la realización de una *actuación global e integrada* por parte del contratista. Esta actuación comprende elementos de distinta índole, subsumibles en cualquiera de las categorías contractuales reguladas en la LCSP. El elemento diferenciador más importante, además del expuesto, en la financiación y en el reparto de riesgos. Así, como señala JIMÉNEZ,¹³⁸ *“finalmente, la complejidad financiera que pueda presentar la realización de un proyecto se trata de un elemento decisivo en la elección del contrato de colaboración. Sin embargo, no es la definición de los mecanismos financieros del contrato lo que contará en la elección del contrato de colaboración, sino las dificultades de financiar el contrato, la insuficiencia de recursos públicos para hacer frente a la ejecución del proyecto, la que se constituirá en causa definitiva en la opción a favor del contrato de colaboración”*.

Como consecuencia de lo expuesto, podemos concluir que la Administración está facultada para acudir a este tipo de contrato una vez constatada la dificultad o complejidad de la realización del objeto del contrato de acuerdo con lo establecido en el artículo 11 de la LCSP. Desde un punto de vista puramente procedimental, tal complejidad debe reflejarse en el documento de evaluación, que además deberá concluir de manera razonada, que una vez analizadas las distintas alternativas, la más conveniente resulta de la utilización de este contrato.

Esta afirmación, destaca la segunda característica de este contrato, la subsidiariedad del mismo. El artículo 11.2 de la LCSP establece que se acudirá a este contrato cuando el objeto pretendido no pueda obtenerse a través de la licitación de otras formas alternativas de contratación contenidas en la propia Ley. Este concepto implica que el documento de evaluación demuestre la utilización del contrato de colaboración presenta ventajas significativas de toda índole frente a la utilización de cualquier otra alternativa de las contenidas en la Ley (art.134 LCSP). En palabras de

¹³⁸ JIMÉNEZ (2009), p.280

VÁZQUEZ GARRANZO,¹³⁹ *de lo que realmente se trata de conseguir con el documento de evaluación, no es sólo resaltar la dificultad del contrato que se pretende, sino que una vez determinada una o las dos condiciones anteriores, la evaluación contendrá una comparación entre otros contratos alternativos, teniendo en cuenta diversos factores (obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos) y justificará los motivos (jurídicos, económicos, administrativos y financieros) que hagan preferible la elección del contrato de colaboración entre el sector público y privado”.*

La sistemática elegida por nuestro legislador es fiel reflejo de la recogida en el Derecho francés, así como pone de relieve JIMÉNEZ¹⁴⁰ *“el citado precepto (134 LCSP) traduce aquí, con algunas deficiencias de sistemática, el art.2 de la Ordonnance francesa¹⁴¹ y aunque no expresa con tanta precisión como la citada norma gala el*

¹³⁹ VÁZQUEZ GARRANZO (2009), p. 1108.

¹⁴⁰ *Ibidem* p.281

¹⁴¹ El citado artículo 2 de la *Ordonnance* establece lo siguiente: I. Les [contrats de partenariat](#) donnent lieu à une évaluation préalable, réalisée avec le concours de l'un des organismes experts créés par décret, faisant apparaître les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent la personne publique à engager la procédure de passation d'un tel contrat. Chaque organisme expert élabore, dans son domaine de compétences, une méthodologie déterminant les critères d'élaboration de cette évaluation dans les conditions fixées par le ministre chargé de l'économie. Cette évaluation comporte une analyse comparative de différentes options, notamment en termes de coût global hors taxes, de partage des risques et de performance, ainsi qu'au regard des préoccupations de développement durable. Lorsqu'il s'agit de faire face à une situation imprévisible, cette évaluation peut être succincte.

II. - Les contrats de partenariat **ne peuvent être conclus que si, au regard de l'évaluation, il s'avère :**

1° Que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet ;

2° Ou bien que le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles que soient les causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible;

3° Ou bien encore que, compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage.

orden de actuaciones preparatorias del contrato, exige que la Administración interesada en licitar un contrato de colaboración elabore un documento de evaluación previa en el que se expresen las incertidumbres de orden financiero, técnico y jurídico que pudieran afectar al contrato, así como un análisis comparativo con fórmulas alternativas de contratación a fin de comprobar que el contrato de colaboración presenta ventajas sobre las fórmulas convencionales, ya sea en términos de “mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos”.

La nota de subsidiariedad es pues, consustancial al contrato, e implica que un mismo objeto (construcción y explotación de una obra, suministro de determinados bienes e incluso prestación de determinados servicios) pueda conseguirse a través del correspondiente contrato o mediante el contrato de colaboración, en el supuesto de que suponga alguna ventaja comparativa sobre la contratación convencional.

En cuanto al análisis de las restantes notas definitorias de esta técnica contractual, nosotros seguimos por considerarla acertada, la exposición que realiza JIMÉNEZ.¹⁴²

Como se ha apuntado con anterioridad, el análisis comparativo del contrato de colaboración con otras formas contractuales alternativas ha de ofrecer un saldo positivo a favor de la colaboración, como ya hemos señalado, en términos de “mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos”. El legislador español traduce fielmente los supuestos en los que la *Ordonnance* francesa considera justificada la utilización de la colaboración público-privada.

El principio que preside todas las experiencias de colaboración, no es otro que conseguir la prestación más eficaz de los servicios públicos, la utilización más eficiente de los recursos públicos y la ejecución de los proyectos de instalaciones,

¹⁴² JIMÉNEZ (2009), pp.283 y ss

infraestructuras y equipamientos sobre los que se sustentan aquellos servicios, también en términos de mayor eficiencia.

El principio de *value for money* se ha ido perfilando y ampliando, incluyendo en el citado concepto elementos que no se refieren directamente al mayor o menor precio de la colaboración. Así se ha ido elaborando un conjunto de indicadores que inciden en el *value for money* de cada proyecto. Entre dichos indicadores destaca la transferencia de riesgos al sector privado, así como la vinculación de pagos al cumplimiento de determinados objetivos o rendimiento; la extensión temporal de los contratos de colaboración en cuanto que una mayor duración le facilita a la Administración la financiación del proyecto y ofrece al operador privado mayor flexibilidad para recuperar su inversión, el establecimiento de incentivos que aseguren el cumplimiento de los niveles de calidad recogidos en el contrato; la mayor capacidad de gestión e innovación del sector privado puesta al servicio del proyecto de que se trate; la competencia entre licitadores privados en precio y calidad y, finalmente, algo que no puede desconocerse en una fórmula de estas características: la disponibilidad del capital privado y la posibilidad de fraccionar los pagos a los que la Administración debe hacer frente.

De cuantos indicadores integran el *value for money* presenta especial interés el relativo a la transferencia de riesgos. El propio legislador nacional ha vinculado claramente ambas ideas en el art. 134.1 al relacionar las ventajas que debe presentar un contrato de colaboración sobre otras formas contractuales. Según el planteamiento del legislador, todo proyecto ejecutado a través del contrato de colaboración debe presentar algunas ventajas sobre otras alternativas, entre otras, que ofrezcan un mayor valor por precio y permitan trasladar una parte de los riesgos al operador privado.

Llegado a este punto, cabe preguntarnos ¿cuáles son esos riesgos identificables en un proyecto y cuáles podemos trasladar al operador privado?

Lo primero que hay que destacar es que la transferencia de riesgos no puede ser total, pues ello determinaría que ningún operador privado licitase o, en su caso, ofrecerían unas condiciones económicas para la ejecución del proyecto que no harían competitivo al citado proyecto.

Se trata, pues, de un reparto y no un traslado de riesgos. Así lo han entendido el legislador francés y el español, como una de las cláusulas que necesariamente ha de figurar en los contratos de colaboración. En concreto el TRLCSP exige que el contrato contenga una estipulación relativa a “las condiciones de reparto de riesgos entre la administración y el operador privado, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones” (art.136 b) TRLCSP).

La Ley española responde, además, a otra de las cuestiones arriba enunciadas mencionando alguno de los posibles riesgos vinculados a un proyecto. Aunque no sean los únicos identificables, como ya hemos señalado en capítulos anteriores, el legislador menciona la variación de costes, el riesgo de demanda, y alternativamente el de disponibilidad, con la exigencia de que el riesgo de variación de costes se separe del de demanda o disponibilidad.

A partir de lo dispuesto y como complemento de lo ya analizado en otros epígrafes, podemos sistematizar los riesgos posibles lo que facilitará la identificación de los mismos en cada proyecto y la tarea de decidir sobre la conveniencia de trasladarlos o no al operador privado:¹⁴³

- *Riesgo de variación de costes:* La variación de costes puede referirse tanto a los costes de construcción como a los de explotación. En el primer caso, se trataría

¹⁴³ Ibídem, p. 285.

de los costes debidos a desfases en costes y tiempo de construcción. Salvo que la demora o desviación del coste fuese imputable a las decisiones de la propia Administración, habría de asumirlos el propio operador privado. Cuestión distinta es que la desviación de costes venga determinada por una inflación superior a la inicialmente prevista, en cuyo caso los costes deben ser compartidos por ambas partes.

- *Riesgo de ejecución y de diseño:* El primero de los riesgos mencionados se refiere, sobre todo, al incumplimiento de los plazos de ejecución de la prestación de que se trate. Tratándose de la ejecución de obras, podríamos tomar como referencia lo dispuesto en el artículo 242 TRLCSP¹⁴⁴, que distribuye ese riesgo en función de la causa del retraso y obliga a establecer un régimen de penalizaciones para el supuesto de que el retraso sea imputable al concesionario, en tanto que permite una ampliación del plazo de la concesión cuando es la Administración la causante del retraso. En el caso del riesgo de diseño, nos situamos ante un riesgo de particular importancia en el contrato de colaboración, puesto que una de las razones que las instituciones europeas han manejado para justificar ese contrato es precisamente que “si el constructor también se encarga de la explotación procurará diseñar y construir una infraestructura de calidad que tenga menos coste de mantenimiento y un ciclo de vida más largo”.¹⁴⁵ Es por ello que los errores en el diseño o la calidad insuficiente en la construcción de la obra constituyen riesgos imputables al operador privado que necesariamente habrá que asumir.
- *Riesgos de demanda y disponibilidad:* El de demanda supone uno de los principales riesgos en aquellos proyectos en los que la utilización de la

¹⁴⁴ El art.242 del TRLCSP regula el principio de riesgo y ventura en la ejecución de las obras objeto de la concesión.

¹⁴⁵ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Libro Verde ya citado.

infraestructura en cuestión esté abierta a un número indeterminado de usuarios. El ejemplo típico sería la infraestructura viaria por la que pueden circular más o menos usuarios y cuya intensidad media no es fácilmente predecible. En tal caso, la solución lógica puede consistir en pactar una intensidad media y establecer márgenes, inferior y superior, que delimiten quién soportará el riesgo por encima y por debajo de esos umbrales y cómo se comporta la retribución pactada en los casos extremos.

- *Riesgo de obsolescencia:* En un contrato de tan larga duración como el de colaboración, es necesario asegurar que la prestación en la que el contrato consista se renueve conforme surjan nuevas tecnologías aplicables en el ámbito de la actividad a la que se refiera el objeto del contrato. Este riesgo se trasladaría al operador privado mediante una cláusula que obligue a éste a mantener actualizados los equipos e instalaciones, incorporando a las mismas nuevas tecnologías que resulten de aplicación al proyecto de que se trate. Una vez más, las normas sobre concesión de obra pública vienen a completar la insuficiencia de la regulación del contrato de colaboración. Así, el artículo 7.2 a) TRLCSP describe con precisión el contenido de esta cláusula al afirmar que el contrato de concesión podrá comprender *“la adecuación, reforma y modernización de la obra para adaptarla a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios”*.
- *Riesgo financiero:* En la medida en que el operador privado asume la obligación de financiar las inversiones que la ejecución del proyecto requiera (art. 11.1 TRLCSP), asume igualmente los riesgos vinculados a la financiación del proyecto. Entre ellos cobra particular significado la evolución de los tipos de interés, habida cuenta de que la magnitud de los proyectos entregados a la colaboración público-privada hará necesaria la financiación externa del operador privado. Aquí, la solución no puede diferir mucho de la que se ha apuntado en el caso del riesgo de inflación, de modo que el operador privado

se cubrirá de las desviaciones de esta variable que incidan sobre sus costes finales, exigiendo las cláusulas de revisión de precios.

Por último, una de las características centrales que ha recogido la Comisión Europea en cuanto a la colaboración público-privada se refiere, es su duración; que ha de ser larga en el tiempo para poder garantizar una adecuada recuperación de los costes a través de su utilización, en cualquiera de sus modalidades.¹⁴⁶

También en el tratamiento de la duración del contrato de colaboración muestra el legislador su concepción de este contrato como un contrato fácilmente asimilable a otros nominados en la Ley, especialmente al contrato de concesión.

Esto explica que una vez que la Ley se ha decidido por establecer un plazo máximo de duración del contrato de colaboración (20 años), introduzca una excepción a este plazo, en el supuesto que la prestación principal del contrato en cuestión se asimile al de concesión de obra pública y se someta al régimen jurídico de ésta, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en la propia Ley para el contrato de concesión en cuanto al plazo se refiere (art. 314 TRLCSP), lo que de acuerdo con el art. 268 TRLCSP supone 40 años además de tener en cuenta lo dispuesto en el art. 258.3 TRLCSP sobre las causas que pueden dar lugar a la prórroga del mencionado contrato. El plazo tal y como lo contempla el citado art. 314, contiene, por tanto, una norma general y otra especial.

Uno de los problemas centrales que plantea el régimen de duración de estos contratos es el de la posibilidad de las prórrogas y cuál sería, en su caso, la duración máxima de este tipo de extensiones excepcionales de las mismas. La aplicación del artículo 244 supone admitir, en los supuestos de retraso debido a fuerza mayor o por causa imputable a la Administración o bien como técnica para restablecer el equilibrio

¹⁴⁶ COMISIÓN EUROPEA (2004), p. 3.

económico del contrato de colaboración, la aplicabilidad de prórrogas. Fuera de estos supuestos, la interpretación conjunta del artículo 26 (libertad de pactos) con el 137, puede conducir a que las partes pacten los casos en que pueden existir prórrogas de los contratos que se suscriban.¹⁴⁷

Fuera de estos dos supuestos, no parece que las prórrogas sobre el plazo originario estén ni permitidas ni prohibidas. La ausencia de prohibición de ampliar el plazo atendiendo a la naturaleza de la prestación principal, hace que pudieran estar permitidas en el caso de que el programa funcional así lo previera, o estuviera contemplado en el propio contrato. El problema, sin embargo, se puede rebajar de rango pues en la mayor parte de los supuestos resultará complicado que se suscriba un contrato de colaboración de menos de veinte años. Lo que no parece admisible es que entre el contrato y sus prórrogas se pudiera superar el plazo de veinte años salvo que la prestación principal fuese el contrato de concesión de obra pública, en cuyo caso, el límite se situaría en los cuarenta.¹⁴⁸

Una vez más, el establecimiento en Ley de un plazo dilatado para estos contratos, los convierte, sin lugar a dudas, en un candidato perfecto para su utilización en el Ministerio de Defensa, habida cuenta de las grandes inversiones que conlleva la adquisición y mantenimiento de sistemas de armas, y la necesidad que tiene el operador privado de recuperar sus inversiones.

En conclusión, podemos afirmar que la introducción en la LCSP del contrato de CPP, constituye un acierto. Si bien no se concibe como un nuevo tipo de contrato administrativo nominado, sino como una técnica contractual, esta circunstancia no resta valor a la citada introducción de la CPP en nuestro Derecho, antes bien, abre las puertas a la Administración para celebrar contratos con el sector privado que no eran

¹⁴⁷ GONZÁLEZ GARCÍA (2010)

¹⁴⁸ *Ibidem*

posibles con anterioridad. No obstante, su utilización es subsidiaria y concreta, sometida a una rigurosidad sin precedentes en la legislación administrativa. Su objetivo es regular la ejecución de prestaciones globales e integradas, por parte del sector privado que entrañan un alto grado de complejidad y su acceso está restringido a situaciones en las que tras la oportuna evaluación, se concluya que presenta ventajas comparativas de toda índole, pero sobre todo en términos de eficacia. Esta eficacia se basa en la mayoría de los casos en un adecuado reparto de riesgos entre los sectores implicados. Por último, con objeto de permitir al operador privado recuperar las inversiones realizadas, la duración del contrato es significativamente larga. Cabe señalar no obstante, que con la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, este tipo de contratos está sometido a la necesidad de contar con un informe preceptivo y vinculante emitido por el Ministerio de Economía, de marcado carácter presupuestario, que es preciso para poder autorizar su conclusión¹⁴⁹.

2.3. LA PREPARACIÓN DEL CONTRATO DE COLABORACIÓN EN LA LCSP

Con objeto de completar el estudio de la incorporación de la CPP a nuestro Derecho, resulta imprescindible analizar, cómo la nueva Ley regula los actos previos y conducentes a la adjudicación del contrato de CPP.

2.3.1. La evaluación previa

En primer lugar, cabe distinguir dentro de los actos preparatorios entre dos documentos fundamentales: el documento funcional y el denominado documento de evaluación.

¹⁴⁹ Ver art .16 Real Decreto-Ley 8/2010 de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

El artículo 134.1 de la LCSP establece con *“carácter previo a la iniciación del expediente de un contrato de colaboración entre el sector público y el privado, la Administración contratante deberá elaborar un **documento de evaluación** en el que se ponga de manifiesto que, habida cuenta de la complejidad del contrato, la Administración no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato”*.

Es decir, como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, la Administración debe llevar a cabo una evaluación previa del objeto que se pretende contratar y concluir que se trata de un objeto de naturaleza compleja, que impide a la misma o bien alcanzar la definición de los objetivos proyectados, por carecer de los medios técnicos adecuados, o bien establecer los mecanismos jurídicos y financieros para ejecutar el proyecto. En definitiva, se trata de justificar la complejidad del objeto del contrato.

En segundo lugar, el propio art. 134¹⁵⁰ introduce otra obligación a la Administración previa a la utilización de esta técnica contractual, la necesidad de evaluar otras alternativas y como resultado de la citada evaluación concluir que la utilización de esta técnica, resulta más ventajosa para la propia Administración. Esta evaluación debe ser llevada a cabo por un órgano diferenciado del órgano de contratación que pretenda acudir a esta técnica contractual (art.134.2), regulando la propia LCSP el número de miembros que deben participar en el órgano colegiado que se cree para realizar la evaluación aludida.

¹⁵⁰ El artículo 134.1 introduce la obligación aludida al obligar a la Administración a *“realizar un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación”*.

Por último, la redacción del apartado 2 del reiterado artículo 134, ha suscitado entre algunos autores¹⁵¹ la duda de si una de las razones que puede esgrimir la Administración para acudir a esta técnica contractual es la propia urgencia, como así ocurre en la Legislación gala,¹⁵² o por el contrario, tan sólo hace alusión el citado texto a que en casos de urgencia la redacción del documento de evaluación, puede ser sucinta. Según CHINCHILLA con quien concurrimos en este aspecto, *“...difícilmente va a ser compatible la urgencia con la complejidad que, según se desprende de la Ley, es la característica principal de este contrato, y hasta podría pensarse, su razón de ser. La urgencia puede justificar muchas cosas, por ejemplo reducir plazos, simplificar e, incluso, suprimir trámites, pero no entiendo cómo la urgencia, y por tanto, la necesidad de hacer las cosas en muy poco tiempo, puede justificar, precisamente, acudir a una modalidad de contrato que se define por ser especialmente complejo, hasta el punto de que la Administración tiene que poner de manifiesto su incapacidad para definir, por sí sola, el diseño jurídico, económico y financiero del mismo.”*¹⁵³

Resulta, por tanto, impensable además de contradictorio, que las limitaciones establecidas en la Ley para poder acudir a este tipo de técnica contractual, pudieran salvarse por la simple justificación de una urgencia para su utilización. Este argumento nos permite concluir que lo que el legislador permite es simplificar el contenido del documento de evaluación, cuando concurren razones de urgencia que aconsejen una redacción sucinta del mismo. La forma en que esto se materialice será objeto de regulación reglamentaria.

¹⁵¹ JIMENEZ (2009), p. 304 y CHINCHILLA (2006) pp-630-631.

¹⁵² Ver art. 2 *Ordonnance*, *op cit*.

¹⁵³ CHINCHILLA MARÍN (2006) *op.cit*

2.3.2. La forma de adjudicación: el diálogo competitivo

Una vez realizada la evaluación previa descrita con anterioridad, el órgano de contratación elaborará un programa funcional que contendrá los elementos básicos que informarán el diálogo con los contratistas y que se incluirá en el documento descriptivo del contrato.¹⁵⁴ Básicamente, continúa el art.135 TRLCSP, en el programa funcional se identificará la naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer, los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que deben incluir las ofertas para ser admitidas al diálogo competitivo, y los criterios de adjudicación del contrato. Por su parte el art. 181.1 TRLCSP reitera esta obligación de una forma más detallada al establecer el contenido mínimo del documento descriptivo, que consiste en dar a conocer las *necesidades y requisitos* de la Administración que han de servir para fijar los términos del diálogo.

Algunos autores, como JIMÉNEZ DÍAZ,¹⁵⁵ consideran que existe alguna contradicción entre lo previsto en el art.134 y la previsión del 135 sobre el contenido del programa funcional. Efectivamente, obligar a la Administración a precisar estos extremos antes de haber obtenido la información correspondiente a lo largo del diálogo competitivo, equivale a exigirle que haga un esfuerzo de definición, precisamente de los elementos sobre los que, supuestamente, no tiene certeza y cuya certeza ha de adquirir a lo largo del diálogo, no obstante, nosotros consideramos que la exigencia se refiere únicamente a los mínimos requisitos relativos a la naturaleza de las necesidades, así como de las ofertas y de los criterios de adjudicación. Añadiendo *“que en la práctica no es difícil sospechar que tanto el documento de evaluación como el programa funcional se convertirán en cláusulas de estilo que unas Administraciones (sobre todo las menos dotadas de medios) copiarán de otras con mayor dotación de medios, de modo que, como tantas veces ocurre, esos documentos se incorporarán al*

¹⁵⁴ Ver art.135 TRLCSP

¹⁵⁵ JIMÉNEZ (2009), p. 307.

expediente de contratación con mayor o menor contenido real, dando por sentado que lo importante es que figure en el expediente un documento titulado “evaluación previa” y otro con el título de “programa funcional”. Nosotros reiteramos nuestra postura, que se basa en la consideración de que el programa funcional debe contener todos aquellos datos (cuando menos, necesidades que satisfacer, requisitos mínimos de las ofertas y criterios de adjudicación) que, en cumplimiento de los principios de transparencia y concurrencia, permitan a los interesados en la licitación tener un conocimiento cabal del procedimiento, es decir, de los elementos básicos que regulan el diálogo competitivo. La Administración, por tanto, no tiene que hacer ningún esfuerzo adicional, pues éstos datos serán en gran medida el resultado del documento de evaluación previa, en el que la Administración se decanta por la utilización de este contrato, en lugar de cualquiera de los otros recogidos en la Ley, basándose para ello en los resultados de la aplicación del *Public Sector Comparator* (PSC).

Los documentos preparatorios mencionados, dan paso al procedimiento de adjudicación regulado en los artículos 179 a 183 del TRLCSP. La adjudicación del contrato de colaboración debe llevarse a través del diálogo competitivo, según establece el art.179, como consecuencia de su carácter complejo. Existe por tanto, una concordancia lógica entre el lo establecido en el art.134 y el propio 179, puesto que esta forma de adjudicación tiene por objeto, dar una respuesta congruente a las necesidades del Administración, en un ámbito con un cierto grado de incertidumbre. Sólo existe un supuesto en el que el contrato de colaboración puede adjudicarse a través del procedimiento negociado, es el descrito en el artículo 170 a).¹⁵⁶

¹⁵⁶ Art.170 a) TRLCSP establece que se podrá adjudicar por procedimiento negociado cuando : *las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos, restringidos o de diálogo competitivo seguidos previamente sean irregulares o inaceptables por haberse presentado empresarios carentes de aptitud, por incumplimiento en las ofertas de las obligaciones legales relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente y condiciones de trabajo a que se refiere el art.119, por infringir las condiciones para la presentación de variantes o mejoras, o por incluir valores anormales o desproporcionados, siempre que no se modifiquen las condiciones originales del contrato.*

Como apunta ARIÑO¹⁵⁷ *“Frente al tradicional unilateralismo y hermetismo en la preparación del contrato, se trata de articular, desde el primer momento, un diálogo entre la Administración y los posibles contratistas, a través del cual queden definidos los múltiples aspectos del contrato: proyecto y prescripciones técnicas, virtualidades o capacidades que se quieren adquirir, mecanismos posibles de financiación, formas y plazos de pago”*.

Es decir, la colaboración entre ambas partes se realiza desde el principio habida cuenta de que la Administración pretende obtener soluciones a sus problemas que no se pueden resolver si desde el principio los posibles contratistas no cuentan con toda la información necesaria.

Como afirma GONZÁLEZ GARCÍA *“en los contratos de CPP el diálogo competitivo está muy marcado por el resultado del PSC que se ha visto con anterioridad, en la medida en que va a constituir el marco en el que se va desarrollar la negociación con los particulares”*.¹⁵⁸ En efecto, el instrumento en el que se van a fijar estas bases, como ya se ha apuntado anteriormente, es el programa funcional. Continúa el citado autor *“el contrato se arma en cuanto a sus elementos técnicos, económicos y jurídicos, de este modo, en el citado programa funcional que ha de ser aprobado unilateralmente por la Administración. Obviamente, queda un margen suficiente para la negociación con los candidatos, pero los cimientos han de quedar delimitados en el momento en que se aprueba este instrumento por parte del órgano de contratación”*.¹⁵⁹ En este sentido, la regulación contenida en el artículo 182 .1 TRLCSP sobre las posibilidades de modificación del contenido del contrato, es muy generosa, ya que permite en el transcurso el diálogo, cuyo fin será la determinación y definición de los medios adecuados para la satisfacción de las necesidades, el debate de todos los

¹⁵⁷ ARIÑO (2008), p.16.

¹⁵⁸ GONZÁLEZ GARCÍA (2006), p. 28

¹⁵⁹ *Ibíd.*

*aspectos del contrato con los candidatos seleccionados. Obviamente, el último inciso debe ser entendido de un modo rebajado, de tal manera que aquellos “elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que han de incluir necesariamente las ofertas para ser admitidas”, no podrán ser objeto de modificación, ya que tienen un contenido obligatorio como se señala en el programa funcional. Por ello, podemos concluir que el marco de la negociación parece tener un marco determinado, que no es otro que el de delimitar y definir los mecanismos para conseguir el objetivo propuesto por la Administración Pública, dentro del marco que haya dejado vacante el órgano de contratación”.*¹⁶⁰

Entrando ya en la descripción del propio proceso del diálogo competitivo, y siguiendo la sistemática establecida en la Ley, el desarrollo del diálogo competitivo se articula en tres fases: apertura del procedimiento e invitación a participar en el mismo, diálogo con los candidatos y presentación y examen de las ofertas. A continuación se analizarán cada una de ellas, siguiendo básicamente la exposición realizada por JIMÉNEZ (2009) que nos parece acertada.

A) Apertura del procedimiento e invitaciones a participar en el mismo

El procedimiento comienza con la publicación del anuncio de licitación, en el que se darán a conocer las necesidades y requisitos de la Administración, los cuales harán posible orientar el futuro diálogo. La Ley permite en este punto optar entre la descripción de las necesidades y requisitos en el propio anuncio de licitación o en el documento descriptivo, lo que dependerá de la extensión de la descripción (art. 181.1 TRLCSP).

¹⁶⁰ *Ibíd*em, p. 29.

En el caso del contrato de colaboración se complica algo más, puesto que con carácter previo habrá sido preciso elaborar el programa funcional, ya aludido, que se incluye en el propio documento descriptivo.

Ciertamente la Ley no es aquí muy rigurosa y, tras la lectura de la misma, se obtiene la impresión de que el legislador ha ido acumulando documentos exigibles sin un criterio definido. En efecto, en el caso del contrato de colaboración existen tres documentos de contenido casi idéntico, lo que obliga a establecer algún criterio sobre la utilización alternativa de esos documentos.

Por un lado, el art.181.1 se refiere al anuncio de licitación como documento que puede sustituir al documento descriptivo, siempre que el primero contenga la relación de necesidades y requisitos de la Administración que han de enmarcar el diálogo. Al mismo tiempo, el art. 135 de la propia Ley se refiere al programa funcional- de necesaria elaboración previa en el caso del contrato de colaboración- como un documento en el que se han de contener *“la naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer”* así como *“los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que deban incluir necesariamente las ofertas para ser admitidas al diálogo competitivo”*.

La salida razonable a este pequeño embrollo procedimental consistirá en hacer del documento descriptivo un mero receptáculo del programa funcional y publicar un anuncio que remita al documento descriptivo en el que se incluye el programa funcional y, en éste, la relación de necesidades y requisitos de la Administración.¹⁶¹

Por lo demás, es claro que nos hallamos ante un procedimiento que guarda notables similitudes con el procedimiento restringido, al menos en esta fase. Es por ello que el art.181.2 TRLCSP declara aplicables al procedimiento de diálogo las normas

¹⁶¹JIMENEZ (2009), p. 309.

previstas para el procedimiento restringido, esto es, lo dispuesto en los arts. 163 a 165 de la propia Ley, en lo que se refiere a los criterios de selección y solvencia de los candidatos, a los plazos en que se han de presentar las solicitudes y al modo en que la Administración procederá la selección de los candidatos.

Así pues, los arts.163 a 165 son enteramente aplicables al diálogo, con la salvedad establecida en el art.181.2 relativa al número mínimo de participantes a invitar, que en el caso de este procedimiento no podrá ser inferior a tres.

Por último, el art. 181.3 declara “aplicables las disposiciones de los apartados 2 a 5 del art.166, en cuanto a la documentación que se debe acompañar a las invitaciones se refiere, si bien las referencias a los pliegos debe, entenderse hechas al documento descriptivo y el plazo límite previsto en el apartado 4 para facilitar información suplementaria se entenderá referido a los seis días anteriores a la fecha fijada para el inicio de la fase de diálogo”.

B) Diálogo con los candidatos y presentación y examen de ofertas

El diálogo con los candidatos constituye la fase central del procedimiento y en el que ha de obtenerse la finalidad perseguida que no es otra que la de desarrollar, con los candidatos seleccionados, *“un diálogo cuyo fin será determinar y definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades”*. En el transcurso del mismo *“podrán debatirse todos los aspectos del contrato”* (art.182.1), de modo que el diálogo permita, como se ha apuntado, *“desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer las necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta”* (art.182.1).

De ahí que el órgano de contratación deba proseguir el diálogo hasta que se encuentre en condiciones de determinar, después de compararlas, si es preciso, las

soluciones que puedan responder a sus necesidades (art.182.4). Para llegar a la solución buscada, *“el procedimiento podrá articularse en fases sucesivas, a fin de reducir de forma progresiva el número de soluciones a examinar durante la fase de diálogo mediante la aplicación de los criterios indicados en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, indicándose en éstos si se va hacer uso de esta posibilidad”*. En todo caso, *“el número de soluciones que se examinen en la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva entre ellas, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados”* (art.182.3).

Una vez que el diálogo con los candidatos haya sido agotado, la Ley abre la fase de presentación de ofertas en los siguientes términos: *“tras declarar cerrado el diálogo e informar de ello a los participantes, el órgano de contratación les invitará a que presenten su oferta final, basada en la o las soluciones presentadas y especificadas durante la fase de diálogo, indicando la fecha límite, la dirección a la que deban enviarse y la lengua o lenguas en las que puedan estar redactadas, si se admite alguna otra lengua además del castellano”* (art.182.4). A su vez, los participantes en el diálogo presentarán sus ofertas que habrán de incluir *“todos los elementos requeridos y necesarios para la realización del proyecto”* (art.183.1).

En este punto se abre un buen número de interrogantes que la Ley no resuelve y a los que es preciso referirse, aunque no sea más que enunciando el problema, puesto que la solución del mismo vendrá de la mano del futuro Reglamento de la Ley.

La lectura de los artículos transcritos en los párrafos anteriores sugiere las siguientes preguntas:

- ¿Cuáles son las soluciones sobre las que ha de basarse la oferta?
- El órgano de contratación ¿pedirá a los participantes ofertas sobre las soluciones aportadas cada uno, o -una vez seleccionada una- todos los demás deberán ofertar sobre la misma?

- Los candidatos cuya solución hubiera prosperado ¿vienen obligados a presentar una oferta o pueden apartarse libremente del procedimiento?

Se plantea así el problema relativo al deber que pesa sobre los participantes en el diálogo competitivo de presentar ofertas una vez cerrado el mismo. La Ley continúa hablando de *invitación* a presentar oferta final (art 182.4), de modo que sujetándonos a la literalidad de la misma, se trata de una opción para el candidato que haya participado en el diálogo, sin que esa participación suponga compromiso alguno para aquél. Sin embargo, teniendo en cuenta la complejidad que se supone al contrato de colaboración y el conjunto de actuaciones que es preciso llevar a cabo hasta el momento de presentación de ofertas, con el consiguiente esfuerzo que ello supondrá, no resultaría de recibo permitir que los participantes pudiesen apartarse o continuar en el procedimiento a voluntad de aquéllos.

Pero el problema no tiene una solución sencilla. Inicialmente podría pensarse en aplicar aquí lo dispuesto en el art.103 TRLCSP y sostener que el órgano de contratación que abre un procedimiento de diálogo puede exigir una garantía provisional a los participantes en el mismo, que sería la contrapartida del reconocimiento de primas o compensaciones en el procedimiento, así como un medio para asegurar la presentación de ofertas. Sin embargo, en este punto vuelven a surgir las dudas no resueltas por la Ley, ¿puede obligarse a quien ha participado en el diálogo pero no ha presentado una oferta a aportar una garantía provisional del mismo modo que se hace con quien ha presentado una oferta en un procedimiento de adjudicación distinto?

La constitución de garantías de acuerdo con el art.103 TRLCSP, significa la renuncia por parte del licitador al poder de revocar su oferta antes de la fecha de la adjudicación provisional.¹⁶²

¹⁶² Sobre el objeto y finalidad de la fianza provisional, véase el Informe 25/07, de 5 de junio de 2007, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

El problema en el caso del diálogo se plantea porque todavía no hay oferta. En opinión de JIMÉNEZ,¹⁶³ *“trazando un paralelismo con el Derecho privado, el procedimiento de diálogo sería equivalente a los tratos preliminares de la contratación, siendo así que el sentir común de la doctrina civil es que en tratos preliminares las partes no quedan obligadas.”*

Como tantas otras, esta regla tiene sus excepciones, y no es impensable que la ruptura de dichos tratos pueda generar alguna suerte de responsabilidad, bien por el avanzado estado de las negociaciones y la confianza que haya podido generar en las partes, bien porque en el curso de los tratos preliminares una parte haya adquirido conocimientos sobre técnicas de gestión y producción de la otra, de modo que pueda concluirse la existencia de mala fe si tras los tratos no se presenta oferta alguna.

Alguno de estos supuestos son aplicables al caso del procedimiento de diálogo, en particular el relativo a la adquisición de conocimientos acerca de los competidores, de modo que podría concluirse la existencia de alguna suerte de vinculación y la consiguiente posibilidad de establecer una fianza como garantía provisional que responda en caso de no presentar oferta tras la fase de diálogo. Sin embargo, ésta es una conclusión que no encuentra respaldo en la propia Ley y que debería resolver el propio Reglamento de desarrollo de la misma.¹⁶⁴

Por otro lado, existen autores como ARIÑO,¹⁶⁵ quien considera que *“mediante el empleo del ‘diálogo competitivo’ se acumulan en un único contrato los objetivos que tradicionalmente han dado lugar a dos contratos distintos. Ello supone un ahorro de tiempo y dinero para la Administración, pues se lleva a cabo un solo expediente de*

¹⁶³JIMÉNEZ (2009), p. 314.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 315.

¹⁶⁵ARIÑO (2008), p.18.

contratación y un procedimiento de adjudicación, en el que los premios y pagos a los participantes en el diálogo, serán siempre inferiores al precio de un contrato de consultoría independiente". Nosotros consideramos que lo expuesto por Ariño puede ser una realidad, pero bajo ningún concepto, la intención ni objeto de la Directiva 2004/18/CE, origen de nuestra Ley.

C) Examen de las ofertas y adjudicación del contrato

Una vez presentadas las ofertas, el órgano de contratación las evaluará de conformidad con los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo y seleccionará la oferta económicamente más ventajosa (art.183.2 TRLCSP).

Teniendo en cuenta que la selección de los adjudicatarios de los contratos, en general, puede hacerse mediante la aplicación de un criterio único (el precio) o a través de la composición de varios criterios y considerando igualmente que la Ley exige la aplicación del criterio múltiple para los contratos mínimamente complejos (art.150 TRLCSP), es evidente que en el caso del contrato de colaboración ha de exigirse la aplicación de varios criterios de valoración (art.183.2 TRLCSP).

En cualquier caso la Ley habilita al órgano de contratación para solicitar aclaraciones en dos momentos distintos, en primer lugar podrá solicitarlas en cualquier momento siempre que ello no suponga una modificación de sus elementos esenciales. En segundo lugar, podrá requerir al licitador cuya oferta es más ventajosa económicamente para que aclare determinados contenidos de la misma o ratifique compromisos que en ella figuran, siempre que con ello no se modifiquen elementos sustanciales de la oferta o de la licitación, se falsee la competencia o se produzca un efecto discriminatorio (art.183.3 TRLCSP). Como señala GONZÁLEZ GARCÍA, *"de lo que se trata a la postre es de una especie de concurso una vez analizada cuál es la solución que resulta más adecuada para resolver el problema que tiene planteado la*

*Administración, teniendo en cuenta todos los factores de ponderación que haya tomado en consideración el ente público”.*¹⁶⁶

Por último, la mayoría de autores que han tratado el estudio del diálogo competitivo y su introducción en nuestro Derecho hacen referencia a los derechos de los candidatos participantes en el procedimiento. Resulta relevante, desde nuestro punto de vista, analizar cómo y con qué alcance la preservación de tales derechos se materializa en nuestra LCSP.

La Directiva 2004/18/CE presta especial atención a la observancia de los derechos de los participantes en el diálogo. La mencionada estricta observancia se ha traspuesto en el TRLCSP. En primer lugar, obliga a la Administración a dar un trato igual a todos los licitadores, extrayendo de ahí una consecuencia directa que impide al órgano de contratación facilitar, de forma discriminatoria *“información que pueda dar ventajas a determinados licitadores respecto al resto”* (art.182.2 TRLCSP).

Pero no es solo el principio de igualdad el que preocupa al legislador. También los derechos de propiedad industrial son objeto de protección en el art.182.2 TRLCSP, de suerte que *“el órgano de contratación no podrá revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que éste les comunique, sin previo acuerdo de éste”*.¹⁶⁷ En la práctica no es sencillo mantener un equilibrio entre la búsqueda de la mejor solución técnica y el respeto a los derechos de los candidatos. La preservación de esos derechos se basa en la actitud discreta y cuidadosa del órgano de contratación, consistente en no desvelar a los demás candidatos las soluciones aportadas por otros. Existe, una vez más, una aparente

¹⁶⁶ GONZÁLEZ GARCÍA (2006), p. 29.

¹⁶⁷ Sobre la protección del derecho de propiedad industrial véase la Ley 20/2003, de 7 de julio de protección jurídica del diseño industrial, así como la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes de invención y modelos de utilidad.

contradicción puesto que la comparación de las soluciones propuestas por los participantes en el diálogo en presencia de los demás participantes, podría vulnerar los derechos aludidos anteriormente.

De ahí que el órgano de contratación tan sólo pueda realizar la comparación por sí mismo, al margen del diálogo entre participantes, salvo que éstos autoricen al mismo a revelar a los demás sus propuestas. En ese sentido, se manifiesta el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su sentencia STJCE 2008/ 22¹⁶⁸ establece que *“el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos comprende la apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros”*. *Razón por la que los órganos adjudicadores deben encargarse de velar por el respeto de esa leal competencia y, en consecuencia, evitar que entre las empresas competidoras que licitan en un mismo procedimiento de adjudicación exista el más mínimo trasvase de información confidencial o secreta entre ellas”*. Nuestro TRLCSP ha recogido la defensa de estos derechos en sus artículo 31 y 43. De hecho, el artículo 31 garantiza que las pretensiones en defensa de los derechos de exclusiva y del secreto de empresa en el diálogo competitivo, van desde el cese del uso ilegítimo de los derechos de exclusiva del secreto empresarial a sustanciar, en el orden civil, la declaración de nulidad del diálogo competitivo, en vía administrativa, con le correspondiente control posterior en su caso de la jurisdicción contencioso-administrativa; y la suspensión del diálogo competitivo, de naturaleza cautelar, en tanto que sirve para garantizar la resolución a dictar en la vía contencioso-administrativa.¹⁶⁹

Por último, el apartado dedicado a los derechos de los participantes en el diálogo se cierra con una última referencia a los derechos económicos de los candidatos. Sobre este particular, el art.181.2 TRLCSP traduce lo previsto en el apartado 8 del art. 29 de la Directiva 2004/18/CE y abre la posibilidad de que el órgano

¹⁶⁸ Ver STJCE 2008/22 de 11 de enero

¹⁶⁹ Ver arts. 31 y 43 del TRLCSP

de contratación establezca premios, es decir, la posibilidad de que se indemnice a los mismos por los gastos en que incurran como consecuencia de su participación en el diálogo. A tal respecto, nosotros consideramos apropiada la postura adoptada por GARCÍA REGUEIRO,¹⁷⁰ quien afirma que *“...la pertinencia de estos premios y pagos, en cuanto salida de fondos públicos, exige rigurosidad. Por tanto, podría discutirse si se deberían haber fijado los supuestos de hecho concretos en la Ley, su valoración...”*. Es decir, creemos que, como mínimo, la rigurosidad que debe presidir la utilización de dinero público exige que los pliegos de cláusulas administrativas contemplen estos extremos.

2.4. LA FISCALIZACIÓN Y EL CONTROL EXTERNO DE LAS COLABORACIONES PÚBLICO-PRIVADAS

Uno de los elementos menos tratados por la doctrina, pero sin embargo de enorme importancia, es el relativo a la fiscalización y el control externo del resultado de la ejecución de este tipo de técnica contractual. Nos estamos refiriendo, en concreto, a los medios y métodos aplicables que aseguren el correcto funcionamiento de esta técnica contractual. En este punto nos parece acertada la exposición que hace Ridao¹⁷¹ sobre la fiscalización y el control externo en la CPP. Considera que el control externo lo integran por un lado el marco legal y por otro el control interno de la Administración Pública participante en la CPP. El primer elemento, hace referencia a la necesidad de que exista la garantía de que el procedimiento de adjudicación responde los principios que inspiran la contratación pública. En nuestro derecho no existen demasiados requisitos específicos relativos a este contrato. Tan sólo se habla de las cláusulas mínimas que ha de contener el contrato, la transferencia de riesgos etc.. En realidad esto obedece a la novedad de este contrato en nuestro derecho y con toda

¹⁷⁰ GARCÍA REGUEIRO (2010), p. 1591.

¹⁷¹ RIDAO I MARTÍN (2012), pp 197 y ss

seguridad una vez que se haya alcanzado cierta madurez, por su utilización, se desarrollarán en la medida en que se detecten necesidades de control.

El segundo elemento, el relativo a la administración participante en la CPP, el seguimiento debe ser exhaustivo y multidisciplinar, al intervenir aspectos diversos que requieren diferentes especialistas. Del mismo modo, la verificación de alguno de estos aspectos depende de determinada información que ha de ser proporcionada por el socio privado, lo que obliga a que legalmente, o de forma contractual se faculte a los órganos de control para solicitar la información requerida. Siguiendo a Ridaó en su exposición, éste afirma que el control externo deberá ejercerse en las diferentes fases de la CPP: fase previa, fase de elaboración , preparación y formalización del contrato, fase de ejecución y fase de explotación.

Así, el control en la fase de previa consiste en que el organismo de control compruebe que no hay otras formas de celebrar el contrato pretendido y sobre todo si la CPP ofrece un valor añadido a las posibles alternativas. Asimismo, el órgano de control debe concluir sobre si la opción analizada es realmente una CPP o no. Para ello debe basarse en el estudio de la transferencia de riesgos entre el operador privado y La Administración contratante.

En la fase de elaboración, preparación y formalización del contrato el control debe centrarse en el análisis de la correcta definición de los objetivos del proyecto transferido al operador privado, de la viabilidad, ejecutabilidad y funcionalidad de los fines, de manera que se encuentren expresados con nitidez y precisión. Además debe analizar los estudios técnicos y económico-financieros que realice el gestor para motivar el traslado de riesgos y gestión al operador privado. Además debe analizar el régimen de modificaciones del contrato y las cláusulas de revisión de precios entre otras.

Por su parte, el control en la fase de ejecución iría encaminado a la verificación periódica de las misiones encomendadas al operador privado, en términos de coste y calidad, de acuerdo con las condiciones pactadas en el contrato.

En definitiva se puede concluir que el control y la fiscalización de la CPP, no se trata con la profundidad que requiere en nuestro derecho. Con toda seguridad el desarrollo

de este tipo de contratos y los problemas que se presenten darán lugar a que nuestros legisladores incorporen y desarrollen estos elementos.

2.5. LA FINANCIACIÓN DE LAS COLABORACIONES PÚBLICO-PRIVADAS

A lo largo de los epígrafes anteriores se ha analizado la naturaleza y características de la CPP. Uno de los elementos esenciales de su configuración, lo constituye su financiación. El tipo de financiación de un proyecto de CPP, constituye un factor determinante incluso para decantar la balanza hacia este tipo de técnica o por el contrario hacia un modelo tradicional cubierto por contratos nominados.

La elección del tipo de financiación del proyecto de CPP, se basa fundamentalmente en la repercusión que ésta tenga en el presupuesto público. Así, se habla de modelos de financiación presupuestarios y total o parcialmente extrapresupuestarios, atendiendo a su repercusión en el citado documento. Por otro lado, la elección de los modelos no es totalmente libre, pues la Administración está en todo caso sometida en su actuación a los principios constitucionales de equidad, eficiencia y economía, así como a los principios de concurrencia y transparencia en de las licitaciones públicas.

Además de los modelos enunciados, presupuestarios y extra presupuestarios, existen los denominados *modelos de financiación estructurada*, cuya exponente es el denominado *project finance* (ya tratado en epígrafes anteriores). Se trata de un modelo de financiación compatible con distintos tipos de CPP. La característica principal de este modelo estriba en presentar un esquema de financiación estructurado de un determinado proyecto de inversión, susceptible de generar flujos de caja razonablemente predecibles y sostenibles, pueda ser financiado empleando el mayor nivel de apalancamiento posible y utilizando como garantía los activos del proyecto y el flujo de caja (*cash flow*) a ser generado por el mismo, sin recurso o con recurso limitado a los socios promotores del proyecto.

Cualquiera que sea el modelo de financiación utilizado, la financiación propiamente dicha se consigue a través de la emisión de productos financieros. En los siguientes epígrafes se abordará de manera más detallada el estudio tanto de los modelos propiamente dichos como de los productos financieros más utilizados.

Como apunta JUAN LOZANO,¹⁷² *“en los escasos estudios existentes sobre CPP, resulta usual que se adopte un criterio clasificador que atiende al carácter presupuestario o extrapresupuestario, total o parcialmente, del instrumento elegido para la provisión de la infraestructura o la prestación del servicio público. Ahora bien, en pocos análisis se preocupan de definir, con carácter previo, cuál es el sentido que otorgan a dichas expresiones. Es más, lo único cierto que podemos afirmar de su lectura es que estos términos no tienen un sentido unívoco. Buena prueba de ello es que con cierta frecuencia, un mismo método recibe, según los autores, una u otra calificación”*.

Lo realmente importante es dilucidar si la realización de una obra tiene repercusión o no en el presupuesto público.¹⁷³ El criterio de clasificación atendiendo a si la obra o el servicio público tiene repercusión en el presupuesto desde un punto de vista económico, siguiendo a Valcárcel Fernández,¹⁷⁴ estimamos que la financiación es presupuestaria cuando *“gravita sobre el montante económico general recaudado por las Administraciones Públicas para, como exponente de los intereses de los ciudadanos, realizar las funciones que se le encomiendan. Es decir, aquella en la que ya acometan por sí la obra ya por medio de un tercero interpuesto, la cuantía dineraria precisa para sufragar los gastos asociados a su realización proviene de las arcas públicas generales”*.

¹⁷²JUAN LOZANO - RODRÍGUEZ MÁRQUEZ (2006), p. 35.

¹⁷³ Ibídem p.36

¹⁷⁴VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2002) p. 458.

Siguiendo el criterio señalado, a continuación se van a analizar los modelos de financiación divididos en dos grupos, el primero compuesto por los considerados completamente presupuestarios, en los que la totalidad de la obra o el servicio es sufragada íntegramente por la administración con cargo a sus presupuestos de gasto, con o sin diferimiento de su pago y en su caso también con periodificación del gasto público, y el segundo que abarca los considerados como extrapresupuestarios, bien totalmente o parcialmente.

2.5.1. Modalidades presupuestarias

A) El “sistema alemán” o de “llave en mano”¹⁷⁵

Como es sabido, el sistema ordinario bajo el que se desenvuelve el contrato de obra pública implica que la retribución del constructor se va satisfaciendo con arreglo a los avances en la construcción, mediante la expedición de las correspondientes certificaciones de obras. Éstas se emiten de acuerdo con un presupuesto cerrado y aprobado por la Administración, sin perjuicio de posibles revisiones de precios.

Bajo este modelo, que podemos denominar “tradicional”, el presupuesto debe reflejar, en los mismos ejercicios en que se procede a la construcción de la obra, las correspondientes dotaciones para tal fin. Por tanto, la ejecución de la obra tendrá su incidencia a efectos del cómputo del endeudamiento de la Administración en los años en que aquélla se produce. Ello puede condicionar, lógicamente, el ritmo de construcción de determinados proyectos públicos, que se retrasarán como consecuencia de las restricciones presupuestarias.

¹⁷⁵ Seguimos, en este punto, la exposición de Valcárcel Fernández, P.: “Las obras públicas: su ejecución y financiación. Perspectivas actuales”, *op. cit.*, pp. 238-239, por lo que evitamos su cita reiterada.

Para eludir estos inconvenientes, Alemania, durante la década de los noventa, procedió a construir determinadas autopistas mediante un sistema que excluye los pagos parciales vinculados al desarrollo de la obra. Es decir, bajo este modelo, la Administración contrata la construcción y financiación de un proyecto, pero reembolsando los costes e intereses una vez finalizada y recibida la obra. De esta forma se consiguen dos objetivos. El primero, permite desplazar el endeudamiento de la Administración hasta el ejercicio en que se produce la recepción de la obra, facilitando la ejecución presupuestaria de forma inmediata.¹⁷⁶

El segundo, complementario del anterior, permite un correcto control del gasto diferido, ya que el precio de la construcción se concreta a la firma del contrato¹⁷⁷.

En nuestro país este modelo fue introducido por el art. 147 de la Ley 13/1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, que regula el denominado “contrato de obra bajo modalidad de abono total del precio”. Su régimen jurídico ha sido objeto de desarrollo por obra del Real Decreto 704/1997, de 16 de mayo. Son dos las notas características de este contrato. Por un lado, se excluyen las certificaciones de obra, de manera que el contratista se obliga a financiar la construcción, adelantando las cantidades necesarias hasta la finalización de la obra. De otro, se produce un pago único a la recepción de la construcción, si bien se prevé la posibilidad de que el precio se abone mediante un fraccionamiento de hasta diez anualidades.

Las singularidades de más importantes del régimen jurídico de este contrato son las siguientes:

¹⁷⁶GARCÉS SANAGUSTÍN (2011), p. 197.

¹⁷⁷Pina y L. Torres: *La iniciativa privada en el sector público: externalización de servicios y financiación de infraestructuras*, op. cit., p. 34.

- No se exige el certificado de existencia de crédito, aunque sí uno de compromiso de gastos para ejercicios futuros. De esta forma, coherentemente, tampoco se aplica la causa de nulidad del contrato por inexistencia o insuficiencia de crédito.
- Tampoco resulta aplicable la regla general que prohíbe el pago aplazado en los contratos que celebren las Administraciones (contemplada en el art.14.2 RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, corroborada en el artículo 75 de la Ley de Contratos del Sector Público).
- Al expediente de contratación debe incorporarse un informe del Ministerio de Economía y Hacienda o del órgano autonómico equivalente.
- Los pliegos de cláusulas particulares deben incluir las condiciones específicas de financiación, la capitalización de los intereses y su liquidación. Las ofertas de los candidatos deben expresar, separadamente, el coste estimado de construcción y el precio final a pagar por la Administración, incluidos los costes de financiación.
- En el presupuesto en que haya de producirse la recepción de la obra debe consignarse con carácter preferente el crédito para hacer frente al compromiso de gasto.
- Por último, se prevé la posibilidad de que, tratándose de obras susceptibles de explotación, la Administración correspondiente acuerde que todos o parte de los pagos se financien mediante el cobro de un peaje o tasa por el uso de la infraestructura.

B) El denominado “sistema español”:

El modelo que se conoce como “sistema español” se caracteriza por la creación de una empresa pública participada mayoritaria o totalmente por la Administración estatal, autonómica o local, que es la que va acometer la ejecución y gestión de la obra

pública de que se trate. Como se ha señalado, se trata de sociedades o entidades de carácter instrumental, en la medida en que no son generadoras de ingresos y con capacidad de endeudamiento. Así, actuando en nombre propio y por cuenta y mandato de la Administración, se ocupan de la construcción y gestión de infraestructuras. Este tipo de modelo ha sido muy utilizado en las Comunidades Autónomas.¹⁷⁸

Las razones por las que se acude a este sistema son muy variadas. En primer lugar, viene a ser una manifestación de lo que se ha dado en llamar “huida del Derecho Administrativo”, buscando el sometimiento, aunque sea parcial, de la actuación de la Administración al Derecho privado.

En segundo lugar, permite acometer las inversiones de una forma más rápida de lo que reflejan las asignaciones presupuestarias.

Por último, hasta hace unos años ha sido una fórmula que permitía huir de las restricciones presupuestarias impuestas por las normas comunitarias, ya que el endeudamiento de la sociedad instrumental no tenía consideración de endeudamiento público.

Esta última ventaja de la utilización del “sistema español” ha decaído, en principio tras la entrada en vigor de las normas contables del sector público, es decir el SEC-95.¹⁷⁹ Así ha previsto EUROSTAT, el tratamiento de estas sociedades mandatarias

¹⁷⁸ Entre otras muchas, pueden citarse las siguientes:

- Gestió d’Infraestructures, S.A. (GISA) en Cataluña.
- Gestión de Infraestructuras de Andalucía, S.A. (GIASA).
- Áreas de Promoción Empresarial, S.A. (ARPEGIO) en Madrid.
- Sociedade Pública de Investimentos de Galicia, S.A. (SPI).

IZQUIERDO BARTOLOMÉ (2000).

¹⁷⁹ Es preciso tener en cuenta que el art.3.2 de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria indica que el equilibrio presupuestario se entenderá en términos de capacidad de financiación SEC-95.

en la contabilidad nacional:¹⁸⁰ si la entidad es de titularidad pública y ha sido creada, precisamente, para financiar, construir gestionar un activo que se pone a disposición de la Administración, los pagos que realice esta última no constituyen la contraprestación de una “venta”, sino que tienen la consideración de transferencias.

Esta conclusión tiene una repercusión muy importante. Así el SEC-95 distingue entre Administraciones Públicas y empresas con arreglo a un estricto criterio de mercado:¹⁸¹ si un operador económico orienta su producción a éste, es decir, los vende, debe integrarse en el sector empresas, con independencia de su titularidad pública o privada. A su vez, para precisar si la unidad económica orienta o no su producción al mercado se acude a un criterio objetivo, como es que sus ingresos por ventas cubran, al menos el 50% de los costes totales de explotación. Pues bien al considerarse que los pagos de la Administración no tienen la consideración de ventas, las sociedades que ahora nos ocupan no alcanzan dicho porcentaje y, por tanto, deben considerarse como Administración Pública. Por ello mismo, su endeudamiento computa como deuda pública.¹⁸²

Como se ha señalado, *“la evolución que se observa en los criterios de Eurostat que son cada vez más detallados y acotan mejor el perfil de las entidades a incluir en el sector Administraciones Públicas pone de manifiesto la dificultad creciente de ensayar fórmulas creativas para soslayar los límites de déficit y endeudamiento impuestos por Maastrich, por lo que la construcción de sociedades mandatarias se deberá justificar en el futuro principalmente por razones de eficacia y eficiencia en la gestión”*.¹⁸³

¹⁸⁰ Ver *Manual sobre Déficit Público y Deuda Pública* (2000)

¹⁸¹ Benito López, B. y Montesinos Julve, V.: “Análisis de la financiación ¿privada? De infraestructuras”, *RVEH*, núm. 9, III/2003, p. 16.

¹⁸² *Ibidem*

¹⁸³ V. Pina y L. Torres: *La iniciativa privada en el sector público: externalización de servicios y financiación de infraestructuras*, Madrid, AECA, 2003, p. 44.

No obstante, tal y como tendremos ocasión de exponer más adelante, es posible constatar, en la práctica, algunas variantes de este modelo que implican fórmulas imaginativas de eludir las restricciones de endeudamiento.

Pasando ya a caracterizar el modelo, puede afirmarse, de modo sintético, que funciona sobre la base de un convenio suscrito entre la Administración y el ente instrumental, que tiene un doble contenido. Por un lado, se definen los cauces y procedimientos a seguir para la ejecución de determinadas infraestructuras, lo que supone una decisión previa en cuanto a su naturaleza y cuantía por parte de la Administración. Por otro lado, la Administración se compromete a financiar todos los costes derivados de la realización de la obra y a fijar el calendario mediante las correspondientes asignaciones presupuestarias. Este compromiso es el que permite a la sociedad acudir al crédito bancario o al mercado de capitales para obtener la financiación necesaria para la realización de la obra.¹⁸⁴ De esta manera se puede anticipar su ejecución respecto de las previsiones presupuestarias.¹⁸⁵

Profundizando algo más en la exposición de este sistema, puede afirmarse que gira en torno a los siguientes elementos:¹⁸⁶

- Como hemos señalado, todo el sistema se basa en el convenio suscrito entre la Administración y la sociedad instrumental. A través del mismo, la primera encarga a la segunda la construcción y, en su caso, la gestión de un determinado equipamiento público.

Lo normal es que este tipo de sociedades no ejecuten materialmente las obras, sino que las contraten con empresas privadas.

¹⁸⁴ Vid. González Marín, A.: "Límites a la financiación presupuestaria de infraestructuras", *Nuevas formas de financiación de proyectos público*, op. cit., p. 25

¹⁸⁵ JUAN LOZANO - RODRÍGUEZ MÁRQUEZ (2006), p. 41.

¹⁸⁶ Vamos a seguir, en sus líneas básicas, la exposición de Acerete Gil, J.B.: *Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas*, Madrid, IEF, 2004, pp. 109-111.

Por otra parte, es necesario resaltar que, en ocasiones, las sociedades mandatarias no se limitan a la gestión y financiación de las obras, sino que tienen un objeto social más amplio. En concreto, existen supuestos en los que este tipo de entidades se responsabiliza también de la explotación de las obras proyectadas.

- También reviste enorme importancia el plan económico-financiero, que establece las bases que rigen en las operaciones derivadas de los encargos en que se materializa el convenio. Su función es la de establecer las circunstancias económico-financieras de los proyectos encargados, así como sus plazos y la participación de la Administración en la financiación. En concreto, su contenido básico es el siguiente:¹⁸⁷
 1. Previsión del coste actualizado de las obras
 2. Previsión del coste de financiación de las obras
 3. Previsión del pago de las obras y de su financiación
 4. Previsión de operaciones de endeudamiento
 5. Previsión del coste de la financiación general y de su amortización
 6. Previsión de tesorería
- El tercer elemento clave es el relativo a la financiación. Antes hemos señalado que, por norma general, las sociedades mandatarias no son generadoras de ingresos. Ahora bien, eso no significa que no tengan capacidad de endeudamiento. Dichas posibilidades provienen, precisamente, de los compromisos adquiridos por la Administración de reembolso de la totalidad de los costes, incluidos los financieros, mediante consignaciones presupuestarias. Por su parte, las sociedades asumen la responsabilidad de concertar estas operaciones de crédito en las mejores condiciones.¹⁸⁸

¹⁸⁷ *Ibídem*, p. 166.

¹⁸⁸ Acerete Gil, J.B.: *Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas*, op. cit., p. 110.

Debe señalarse, sin embargo, que el cambio de los criterios contables ha provocado, en ocasiones, importantes modificaciones de las formas de actuación en materia de financiación. A estos efectos, es preciso tener en cuenta las previsiones del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización. De manera muy resumida puede afirmarse que la titulización es una operación financiera por la que se transmiten determinados activos –principalmente derechos de crédito- a una entidad creada con dicha finalidad- denominada fondo de titulización- para su comercialización en los mercados financieros.¹⁸⁹

Pues bien, existen sociedades mandatarias que acuden a este mecanismo para reducir o eliminar su endeudamiento.¹⁹⁰ La operación se estructura en tres fases. La primera ya la conocemos, porque es común a todas las modalidades del sistema: la Administración encarga a la sociedad mandataria la realización de una obra pública, comprometiéndose a la realización de transferencias para su pago. Dicho compromiso, como hemos señalado genera unos derechos de cobro a favor de la sociedad instrumental. En segundo lugar, la sociedad cede los derechos de crédito a un fondo de titulización, satisfaciendo éste el valor actual de los mismos. Es decir, se trata de una técnica de descuento, mediante la cual la sociedad recibe anticipadamente sus derechos de crédito, deducida su carga financiera. Estos ingresos le permiten a la sociedad pagar las obras o cancelar las deudas existentes con las entidades financieras. Por último, la administración mandante paga al fondo de titulización, las cantidades comprometidas de conformidad con lo previsto en el plan económico-financiero.

¹⁸⁹ Esquivias Ferriz, F.: “Experiencias de financiación de infraestructuras y dotaciones mediante empresas públicas: el caso ARPEGIO”, “Límites a la financiación presupuestaria de infraestructuras”, *Nuevas formas de financiación de proyectos público*, op. cit., p. 168.

¹⁹⁰ Como señalan V. Pina y L. Torres es el caso de ARPEGIO (*La iniciativa privada en el sector público: externalización de servicios y financiación de infraestructuras*, op. cit., p. 46).

Como puede observarse, esta solución supone eliminar el endeudamiento de la sociedad mandataria, pero también implica trasladarlo, de algún modo, a la Administración mandante. Así, no faltan opiniones que afirman que, con independencia de lo que señalen las autoridades europeas, dicha deuda debe computarse a efectos de endeudamiento público y de solvencia de la Administración.¹⁹¹

C) El “modelo británico” o “peaje en sombra” y los “pagos por disponibilidad”

El sistema de “peaje en sombra”, que tiene su origen en el Reino Unido, puede caracterizarse del siguiente modo:¹⁹²

- Nos encontramos ante un modelo concesional-con el matiz que luego veremos- en cuya virtud la Administración encarga a una empresa la construcción y financiación de una infraestructura pública, otorgándole también su explotación.
- Por tanto, es el agente privado el que financia la construcción de infraestructura, recuperando su inversión mediante su futura explotación.
- No obstante, la empresa concesionaria no cobra peaje a los usuarios, para los que el uso de las infraestructuras es gratuito.
- La remuneración de la compañía concesionaria es satisfecha por la propia Administración, de manera que aquélla se basa, sobre todo, en el nivel de utilización de la infraestructura. No obstante, los pagos no sólo toman en

¹⁹¹ Benito López, B. y Montesinos Julve, V.: “Análisis de la financiación ¿privada? de infraestructuras”, *op. cit.*, p. 17.

¹⁹² JUAN LOZANO - RODRÍGUEZ MÁRQUEZ (2006), p. 48.

cuenta este factor, sino que también dependen del servicio prestado a través de la evaluación de los estándares de calidad y servicio.¹⁹³

- En ocasiones, la Administración se compromete a pagar un mínimo que asegure la rentabilidad de la inversión para el caso de que la demanda disminuya significativamente. Asimismo, también se suelen fijar un máximo a pagar a partir del momento en que se exceda de un determinado nivel de uso de la infraestructura.
- A la finalización del periodo concesional el activo revierte a la Administración, que puede explotarlo directamente o acudir, de nuevo, a una fórmula de gestión indirecta.

Como puede observarse, este modelo, al igual que los anteriores, permite acometer de una forma inmediata la construcción de infraestructuras públicas difiriendo su pago a un periodo posterior. Pero, además, incluye su fraccionamiento en un plazo muy dilatado.

Este sistema, sin embargo, no puede emplearse para la construcción de cualquier equipamiento público, ya que resulta imprescindible que pueda cuantificarse, de algún modo, su uso por parte de los ciudadanos. En particular, ha sido empleado para la financiación de carreteras.¹⁹⁴ Junto al sistema de “peaje sombra” también puede identificarse uno mixto, conocido como de “peaje blando”, en el que se produce un pago por parte de los usuarios, que no cubre la totalidad del importe de la obra, y un peaje “sombra” a cargo de la Administración, que financia así el resto de su cuantía.¹⁹⁵

¹⁹³ Acerete Gil, J.B.: *Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas*, op. cit., p. 87.

¹⁹⁴ *Ibíd.*, p. 49.

¹⁹⁵ Así ha sucedido en la construcción de la Autovía del Noroeste en la Comunidad Autónoma de Murcia.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, puede afirmarse que nos encontramos ante un contrato cuya verdadera peculiaridad consiste en su pago aplazado. Así, el abono de su importe corresponde a la Administración, si bien no procede a efectuarlo en las fases de realización o recepción de la obra, sino que lo difiere en el plazo pactado y en función de la utilización de la infraestructura por parte de los usuarios.¹⁹⁶

Así las cosas, se planteaba el problema de la prohibición contenida en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas art.14.2 (recogido también, como ya se ha indicado anteriormente en la Ley de Contratos del Sector Público, en su artículo 75) que impide de forma general el pago aplazado. No obstante se preveían dos excepciones. De un lado, los contratos de arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción de compra. De otro, aquellos casos en los que el pago aplazado venga autorizado por Ley.

En uso de esta autorización, varias Comunidades Autónomas –a título de ejemplo, pueden citarse Madrid y Murcia¹⁹⁷- aprobaron Leyes que incorporaban este sistema de financiación.¹⁹⁸ Del mismo modo, en el ámbito estatal, el art. 8 del Real Decreto 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberación e Incremento de la Competencia, prevé la revisión de los contratos de concesión de autopistas para rebajar las tarifas de peaje satisfechas por los usuarios en un 7 por 100. De esta manera, será la Administración la que efectúe la liquidación y pago de anual a las

¹⁹⁶ Gómez-Ferrer Morant, R.: “El problema de la financiación de las obras públicas: las sucesivas modificaciones de la LCAP 13/1995, de 18 de mayo, con especial referencia a la financiación mediante concesión de dominio público”, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, op. cit., pp. 810-811.

¹⁹⁷ JUAN LOZANO - RODRÍGUEZ MÁRQUEZ (2006), p. 50.

¹⁹⁸ A pesar de que el art. 14.2 de la LCAP tiene carácter básico y, por tanto, su aplicación es imperativa para las Comunidades Autónomas, no puede considerarse que esta forma de proceder suponga vulneración alguna de su contenido. Y ello ya que la referencia a la introducción de excepciones mediante Ley debe entenderse extensiva a las Leyes aprobadas por estas Administraciones territoriales (Valcarcel Fernández, P.: “Las obras públicas: su ejecución y financiación. Perspectivas actuales”, op. cit., pp. 243-244).

sociedades concesionarias de las cuantías dejadas de percibir como consecuencia de dicha rebaja.

Pero la verdadera generalización de este tipo de fórmulas ha venido por obra de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública, que modificó el texto de la LCAP. Con arreglo a este contrato, la Administración puede conceder a un empresario la construcción y explotación de una obra pública durante determinado plazo. Se introduce así en nuestro ordenamiento el sistema de peaje en sombra.

Por lo que se refiere a su contabilización, Eurostat elaboró en el año 2000, criterios específicos para aquellos casos en los que, como aquí sucede, el sector privado financia, construye y gestiona infraestructuras públicas.¹⁹⁹ En concreto se plantean dos alternativas, que podemos aplicar al sistema de “peaje en sombra”,²⁰⁰ a saber:

- Si durante el periodo de explotación de la obra la empresa privada afronta la mayoría de los riesgos derivados de la propiedad y recibe la mayoría de los beneficios, aquélla se incorpora a su balance. De esta manera, la relación entre dicha empresa y la Administración que satisface los cánones se reconduce, contablemente, a un arrendamiento operativo. Ello significa que sólo repercuten en el resultado presupuestario los pagos regulares realizados durante la explotación de la infraestructura. Así, no tendrá ninguna incidencia durante el periodo de su construcción y tampoco en caso de reversión a la finalización del periodo concesional. En tal caso, la obra se incorpora a las

¹⁹⁹ *Manual sobre el Déficit Público y la Deuda Pública*

²⁰⁰ Seguimos aquí el trabajo de Benito López, B. y Montesinos, V.: “Análisis de la financiación ¿privada? de infraestructuras”, *op. cit.*, pp. 20-25.

cuentas de la Administración, compensado con una transferencia de capital sin incidencia en el resultado presupuestario.

- Si durante el periodo de explotación es la Administración quien afronta la mayor parte de los riesgos derivados de la propiedad y también recibe la mayor parte de los beneficios, la infraestructura se incorpora a su balance desde la formalización del contrato y utilizando como contrapartida un préstamo de igual valor. En estos casos, la relación contractual se cataloga como de arrendamiento financiero. En estas condiciones, el valor actual del activo que, insistimos, se registra en el momento de formalización del contrato, se considera formación bruta de capital fijo y, por ello mismo, con incidencia en la capacidad o necesidad de financiación.

Como es lógico, en ambos casos la construcción de la infraestructura tiene su incidencia en las cuentas públicas, pero varía y mucho, su imputación temporal. Así, mientras que en el primer caso se produce de manera fraccionada a lo largo de todo el periodo concesional, como si de un alquiler se tratara, bajo la segunda fórmula tiene lugar, por la mayor parte de su cuantía, en el momento de formalización del contrato.

A efectos de diferenciar entre ambas situaciones, se formulan una serie de interrogantes que tratan de precisar quién asume los riesgos y beneficios y, por tanto, si nos encontramos ante un arrendamiento operativo o financiero.

En el caso español, hay autores²⁰¹ que defienden que la mayor parte de las operaciones realizadas hasta la fecha responden al esquema económico del

²⁰¹BENITO- MONTESINOS (2003), p. 24. Dichas preguntas son las que siguen a continuación:

¿Quién es el responsable del mantenimiento y el seguro del activo?

En caso de que sea la Administración quien pague el seguro y el mantenimiento del activo, la operación se aproxima al arrendamiento financiero, puesto que asume el riesgo.

¿Quién reembolsa la financiación en caso de rescisión anticipada del contrato?

En caso de que la Administración satisfaga las deudas del empresario en caso de rescisión, nos encontraremos ante un arrendamiento financiero.

arrendamiento financiero, con la diferencia de que no se satisface opción de compra alguna. Así como se ha señalado *“la realidad es que se trata del pago fraccionado y aplazado de la inversión, junto con los gastos de conservación, a lo largo del plazo de la concesión”*. A estos efectos, resulta relevante destacar que suele ser frecuente que la Administración establezca tal y como hemos visto, un límite mínimo a pagar. Como consecuencia de ello, el riesgo del concesionario disminuye. Si pudiera llegar a concluirse que ese mínimo es tan elevado que excluye el riesgo, deberíamos llegar a la conclusión de que la Administración debe registrar en sus cuentas el activo y la deuda asumida desde la misma formalización del contrato. Dicha deuda debe cuantificarse, por aplicación de un principio de prudencia, en el importe de los pagos máximos que también suelen preverse en este tipo de contratos.²⁰²

No obstante, debe indicarse que en el año 2004, Eurostat ha adoptado una nueva decisión, que puede implicar algún cambio en la materia. Así prescinde de los

¿Quién determina la naturaleza del activo?

Será un indicio de la existencia de un arrendamiento operativo el hecho de la empresa tenga margen de libertad en cuanto al diseño, construcción, explotación y mantenimiento del activo.

¿Quién hace frente al riesgo en cuanto al nivel de demanda?

En caso de que el nivel de demanda afecte a los ingresos de la empresa, el contrato se aproxima a un arrendamiento operativo.

¿Se reciben ingresos de terceros?

También es indicativo de la existencia de un arrendamiento operativo el que la empresa emplee el activo para prestar servicios a terceros. En tal caso, como es lógico, no es la Administración quien asume el riesgo de fluctuaciones en la demanda.

¿Paga menos la Administración si la calidad del servicio no es suficiente?

Una respuesta afirmativa a este interrogante nos aproxima al arrendamiento operativo, ya que supone trasladar los riesgos a la empresa.

¿Aumentan los pagos de la Administración en caso de aumentar los costes de la empresa?

Por el contrario, estamos más cerca del arrendamiento financiero si los pagos de la Administración se ven influidos, al alza, por un incremento de los costes de la empresa.

¿Quién se enfrenta al riesgo del valor residual?

Estamos ante un arrendamiento operativo si la Administración tiene la opción de adquirir el activo, al finalizar el contrato, al precio corriente de mercado y no está obligada a adquirirlo a un precio prefijado si no lo necesita o no está en buenas condiciones.

En un mismo contrato no todas las preguntas tienen por qué producirse en el mismo sentido, lo que obliga a valorar la importancia relativa de cada factor del proyecto (vid. BENITO López, B. y Montesinos Julve, V.: “Análisis de la financiación ¿privada? de infraestructuras”, *op. cit.*, pp. 21-22).

²⁰² *Ibidem*.

interrogantes a los que nos referíamos antes y se establece un único criterio para determinar la incidencia en las cuantas nacionales de los CPP, incluyendo las concesiones. A efectos de considerar si los activos forman parte del ente público o del socio privado se atiende a un único dato como es la asunción de riesgos. De este modo, el activo será calificado como no público si se dan las dos siguientes condiciones:

- Que el riesgo de la construcción sea soportado por la parte privada.

El riesgo de la construcción alude a la responsabilidad sobre las desviaciones del plazo de ejecución del proyecto, el incumplimiento de las especificaciones del contrato, las desviaciones de coste, las deficiencias técnicas de ejecución y los efectos externos negativos.

- Que la parte privada soporte además, bien el riesgo de disponibilidad, bien el riesgo de demanda.

El riesgo de disponibilidad hace referencia a la responsabilidad sobre calidad del servicio estipulada en el contrato y las penalizaciones económicas que graven el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas.

Por último, el riesgo de demanda está relacionado con la variabilidad de ésta en relación con el ciclo de negocio o la obsolescencia tecnológica.

Este nuevo criterio se aplica, además, con independencia de que existan o no pagos por parte del ente público al socio privado. Es decir, también se aplica en aquellos supuestos en que la retribución del concesionario proviene de un peaje satisfecho por los usuarios, donde normalmente también existen aportaciones públicas.

Para finalizar, debemos referirnos también, aunque sólo sea para describirla, a una modalidad de financiación, íntimamente ligada al “peaje en sombra”, pero que se aplica en casos en los que no se puede acudir a este último. Nos referimos a los

denominados “pagos por disponibilidad”, pensados para los casos en los que un operador privado construye una obra pública para que la Administración la emplee como soporte a efectos de la prestación de un servicio. En dichas situaciones, no puede retribuirse al concesionario mediante “peaje en sombra”, toda vez que dicha fórmula no será aceptada por la parte que no tiene ningún control sobre el servicio que presta y, por tanto, sobre el grado de utilización de la obra que ha construido. Por ello, en estos casos la retribución no se fija en función del uso de la infraestructura, sino atendiendo a la condiciones de calidad en que la Administración puede utilizarla para prestar el servicio público de que se trate. Como puede observarse, el sistema no es más que una variante del “peaje en sombra”, pero cuantificando la retribución, más que por el grado de utilización de la obra, por su calidad, medida en términos de óptima puesta a disposición de la Administración para que ésta preste un servicio público.

2.5.2. Modalidades total o parcialmente extrapresupuestarias²⁰³

Bajo este apartado, se va a exponer cuál es el funcionamiento de aquellas modalidades de provisión de bienes y servicios públicos que, en teoría, se instrumentan al margen del presupuesto. Se trata de sistemas en los que la ejecución de los proyectos puede no incidir sobre el presupuesto presente ni sobre los futuros. Como ya hemos apuntado anteriormente, la realidad demuestra que estos sistemas implican también aportaciones públicas que, aunque menores que las analizadas anteriormente, terminan teniendo incidencia en el presupuesto. De ahí la denominación que hemos preferido.²⁰⁴

El paradigma de estas modalidades es precisamente el modelo concesional, de gran tradición en nuestro Derecho. Este modelo ofrece distintas ventajas desde el

²⁰³ Seguimos en este punto básicamente la descripción realizada por JUAN LOZANO - RODRÍGUEZ MÁRQUEZ (2006) pp. 54 y ss

²⁰⁴ JUAN LOZANO - RODRÍGUEZ MÁRQUEZ (2006), p. 54.

punto de vista de las restricciones presupuestarias. Así en su versión más pura no genera déficit ni deuda, ya que la obra se financia por el concesionario y éste obtiene la correspondiente retribución de la obra mediante los retornos que produce la explotación.²⁰⁵

La Exposición de Motivos de la ley 13/2003 de 23 de mayo reguladora del contrato de concesión de obras públicas, califica a la “diversificación de la financiación” como nota fundamental de la concesión de obra pública, lo que responde al interés de facilitar que los concesionarios accedan a las más variadas fórmulas de financiación, al objeto de estimular su participación en estos proyectos.

La actual LCSP, distingue también entre financiación pública y privada considerando a esta última como el medio ordinario.²⁰⁶ Así, la financiación pública sólo es posible *“cuando existan razones de rentabilidad económica o social, o concurren singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de la obra objeto de concesión”* (art. 224.3 LCAP).

Ante esta dualidad de posible financiación, ¿cuáles son las razones que justifican la intervención de la financiación pública? Es preciso destacar que la realización de grandes obras públicas constituye un instrumento de política económica y social, en la medida en que crea empleo, favorece el desarrollo económico y posibilita la solidaridad interterritorial²⁰⁷. Ahora bien, no es menos cierto que la estabilidad presupuestaria también constituye un objetivo de política económica. Entonces, ¿por qué no financiar la obra con recursos privados exclusivamente? Son dos

²⁰⁵ GÓMEZ-FERRER MORANT (2004), pp. 789-799.

²⁰⁶ Vid art.236.2 de la Ley30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público

²⁰⁷ JUAN LOZANO - RODRÍGUEZ MÁRQUEZ (2006), p. 62.

las razones que pueden impedir este recurso único a la iniciativa privada.²⁰⁸ De un lado, hay ocasiones en que ello no es posible desde un punto de vista económico o financiero. Es decir, es posible que los retornos derivados de la explotación de la concesión no permitan cubrir los costes de la inversión o, haciéndolo, proporcionan un beneficio tan reducido que no la hagan atractiva. De otro lado, también es posible que el interés general exija la existencia de aportaciones públicas al objeto de reducir las tarifas a pagar por los usuarios.

Esta regulación pone de manifiesto cómo un modelo que en principio es extrapresupuestario, se convierte en presupuestario, al menos parcialmente.

2.5.3. Factores determinantes de la elección del modelo de financiación

Una vez expuestos los distintos sistemas de financiación, nos debemos plantear cómo decidir cuál de ellos elegir, y sobre todo cuáles son los factores determinantes de esta elección. Como se pregunta JUAN LOZANO²⁰⁹ *“¿Cómo se incorpora a la toma de decisiones acerca del método de financiación un doble juicio, acerca de su idoneidad-en la medida en que evidentemente el recurso al capital privado acabará implicando no sólo su restitución sino también una retribución adicional- y acerca del origen de los fondos de los que acabará procediendo dicha restitución y retribución?”*

“La decisión de quién paga en última instancia las infraestructuras públicas no es libre.”²¹⁰ Por el contrario, se encuentra mediatizada por el principio de justicia material proclamado en el artículo 31.2 de la Constitución Española. No resulta indiferente que una obra pública se financie con los recursos generales del ente público-financiación presupuestaria- o que recurra a recursos afectados y provenientes

²⁰⁸Vid. Gómez-Ferrer Rincón, R.: “El régimen económico del contrato de concesión de obra pública”, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, op. cit., pp. 1259-1261.

²⁰⁹JUAN LOZANO - RODRÍGUEZ MÁRQUEZ (2006 p. 130).

²¹⁰JUAN LOZANO - RODRÍGUEZ MÁRQUEZ (2006), p. 130.

*de sus usuarios financiación extrapresupuestaria-. En consecuencia, la sujeción de las alternativas de financiación de las infraestructuras a los principios jurídico-financieros, requiere, en primer término, la realización del juicio de razonabilidad en que se ponderan diversos principios y/o valores en equilibrio inestable y, en segundo lugar, resulta conveniente la exigencia de la exteriorización de este proceso de justificación de la decisión adoptada.*²¹¹

A priori seguimos la opinión aportada, lo que nos lleva a concluir que la aplicación de los principios constitucionales de equidad del gasto público y los criterios de eficiencia y economía presidirán la toma de decisiones aludida. Hasta aquí, nada nuevo, pues el objetivo de cualquier proyecto de CPP consiste en obtener mejores resultados por lo invertido (*best value for Money*), es decir, una ventaja significativa resultante de acudir a este sistema en contraposición con la mera utilización de los sistemas tradicionales de contratación/financiación.

La realización de esta comparación, ha sido objeto de análisis pormenorizado con anterioridad. No obstante resulta de interés, desde un punto de vista práctico la descripción realizada por ACERETE Gil según la cual²¹² *“el PSC es la evaluación hipotética de todos los costes posibles en la vida del proyecto en caso de éste fuera desarrollado por el ente público, ajustada por la valoración de los riesgos.” De esta forma, permite una comparación cuantitativa teniendo en cuenta:*

- *La fórmula más eficiente de construir la obra proyectada por el sector público.*
- *Todos los costes y riesgos.*
- *El PSC se expresa en términos del coste actual neto que supone a la Administración la prestación del servicio, comparándose con las ofertas realizadas por los operadores privados.*

²¹¹ Ibídem, p. 131.

²¹² ACERETE.(2004) pp 29-30.

Los componentes que se toman en consideración para elaborar el PSC son los siguientes:

- *El coste de la prestación de los servicios bajo el sistema público, donde el activo es propiedad de la Administración o el servicio es de su responsabilidad.*
- *La cuantía de las ventajas o desventajas de un servicio o infraestructura por el hecho de ser público.*
- *La valoración de los riesgos, distinguiéndose dos partes diferenciadas, los que son susceptibles de ser transferidos al sector privado y aquellos otros que son mantenidos bajo gestión pública.*

No obstante, en los casos en que las ofertas privadas tienen un valor próximo al PSC o existen aspectos significativos que no puedan ser cuantificados, debe realizarse también un análisis cualitativo. Los factores cualitativos a considerar son los siguientes:

- *La estimación de costes que no son cuantificables en un proyecto, incluyendo ciertos riesgos.*
- *La reputación del contratista privado.*
- *Diferencias respecto al servicio inicial que no hayan sido cuantificadas.*
- *Los beneficios o costes -externalidades- que la provisión de la infraestructura, a través de la CPP, pueda originar.*
- *La exactitud de la información utilizada en el cálculo de la PSC.*

En cualquier caso, lo expuesto hasta ahora pone de relieve que la elección de un modelo u otro no es tarea sencilla. De hecho dependerá de varios factores claves como la naturaleza del proyecto, el grado de definición del mismo y sobre todo la situación de financiera de la Administración en ese momento.²¹³

²¹³ DOMINGUEZ SAMPEDRO F. (2008), p. 212.

2.5.4. Productos financieros

Teóricamente una operación de colaboración público-privada ha de ser asumida por el socio privado de la Administración. Si no, estaríamos hablando de otra cosa, pero no de un problema de financiación privada de un proyecto de colaboración público-privada. Sin embargo, el impulso público suele ir más allá de la adjudicación del contrato y pasa por apoyar económicamente al contratista, a través de distintas modalidades que están recogidas en la legislación y sobre la que incidirá la Ley de captación de fondos del concesionario, aplicable con carácter subsidiario al contrato de colaboración público-privado según determina el artículo 315 del Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRL CSP).²¹⁴

Siguiendo básicamente, que no estrictamente, el esquema planteado por Soledad CUENCA²¹⁵, a continuación se explican los productos financieros más habituales de proyectos de construcción y explotación de infraestructuras, que puede ser extrapolable a cualquier proyecto de CPP.

A) Préstamos, créditos y otros instrumentos habituales

- Préstamos:

Se trata de operaciones documentadas mediante una póliza o un contrato en los que se establece la entrega de una cantidad de dinero por el prestamista al prestatario, especificándose la fecha de vencimiento y el calendario de devolución.

- Créditos:

Contrato mediante el cual una entidad financiera pone dinero a disposición del beneficiario hasta un límite y por un determinado plazo.

²¹⁴ Vid artículo 315 Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

²¹⁵ CUENCA (2009), pp. 554 y ss.

Tanto los préstamos como los créditos son activos bancarios y como tales pueden cederse o venderse en el mercado secundario. Este intercambio es cada vez más frecuente y permite una gestión más adecuada de la cartera de operaciones de una entidad, al permitirle ajustar la tipología de sus operaciones hasta su vencimiento, lo que, es especialmente importante en operaciones de financiación de infraestructuras asociadas a servicios públicos que normalmente tienen una duración muy larga. La flexibilidad en la gestión de la cartera es un pilar básico para la gestión bancaria actual, por lo que activos con fuertes limitaciones de negociación, bien sea por impedimentos legales, bien por las especificidades de su tipología, son cada vez más penalizados por los prestatarios.

- Aavales:

Garantías adicionales a operaciones de crédito y préstamo. Pueden proporcionarlas entidades relacionadas con el prestatario. Son utilizados para garantizar el desembolso de los recursos propios de un proyecto a las obligaciones de alguna de las partes involucradas, por ejemplo, las compañías constructoras o los propios accionistas en caso de garantías de puesta en marcha.

- Valores negociables:

Documentos que constituyen una obligación de pago y son transferibles mediante su entrega, lo que permite negociarlos en el mercado de capitales.

- Bonos y obligaciones:

Instrumentos negociables que representan una deuda por el cual el emisor se compromete a pagar al tenedor una cantidad fija en fecha o fechas concretas y normalmente unos intereses fijos o variables durante la duración del bono. Estos títulos permiten su conversión en acciones del emisor a un ratio fijado.

Conviene resaltar que estas emisiones de obligaciones podrán contar con el aval del Estado y de sus organismos públicos, que se otorgará con arreglo a las prescripciones de la normativa presupuestaria (artículo 259 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público).

Algunos autores como GONZÁLEZ GARCÍA²¹⁶ consideran que esta posibilidad supone en la práctica un traslado del potencial riesgo a la Administración. Sin embargo, existen otros como VILLAR EZCURRA²¹⁷, que mantienen que resulta imprescindible para que la titulización se extienda, el que la Administración garantice el crédito de los tenedores de los títulos aún en el caso de la resolución de la concesión, porque éste es, junto al decrecimiento de la demanda, el mayor riesgo que asumen estos acreedores.

Nosotros consideramos que se trata únicamente de una posibilidad, a la que la Administración podrá o no acudir, atendiendo al tipo de proyecto de que se trate, por tanto su inclusión en la Ley no hace sino facilitar la posible concertación de colaboraciones público-privadas.

B) Participaciones concesionales y titulización

El artículo 254 de la Ley 13/2003 de 23 de mayo define la facultad de los concesionarios de emitir títulos negociables soportados por los derechos de cobro de las tarifas, los ingresos de explotación de las áreas comerciales y las aportaciones de la Administración, aunque no se incluye, a otros organismos o sociedades pertenecientes al sector público. Estos títulos podrán ampararse en todos o alguno de

²¹⁶GONZÁLEZ GARCÍA, (2010), p. 63.

²¹⁷VILLAR EZCURRA (2001), p. 105.

estos derechos de crédito de la concesionaria para uno o más ejercicios de la concesión.

Los acreedores en virtud de estos títulos gozan de algunos privilegios de los acreedores, incluido el mismo rango en de prelación de créditos en relación a los derechos de crédito incorporados en los títulos. Especial mención hay que hacer al reconocimiento de la capacidad de incorporación de estos valores a fondos de titulización, lo que entre otras ventajas favorece la gestión de la rentabilidad sobre recursos propios de las entidades prestatarias.

La crisis financiera, cuyos efectos se empiezan a notar de manera sustantiva en otoño de 2008, prácticamente ha expulsado a estos productos de los mercados de capitales, aunque ha potenciado su utilización como vehículos de creación de títulos que sirven como garantía o elementos de transmisión para los paquetes de ayudas de los bancos centrales de las economías occidentales a sus sistemas financieros nacionales.²¹⁸

C) Préstamos participativos

Definidos por el art.20 del RDL 7/1996 de 7 de junio sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica y la Ley 10/1996 de 18 de diciembre de medidas fiscales urgentes sobre corrección de la doble imposición interna intrasocietaria y sobre incentivos a la internalización de las empresas, como *“aquellos préstamos en que la entidad prestamista percibirá un interés variable en función de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser: el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes. Además podrán acordar un interés fijo con independencia de la actividad”*.

²¹⁸CUENCA (2009), p. 556.

Teniendo en cuenta la definición enunciada, cabe destacar las siguientes características:

- Su saldo computa como recursos propios en los casos de reducción de capital y liquidación de sociedades incluidos en la legislación mercantil.
- Su remuneración tendrá siempre un componente variable y estará vinculada a la evolución de la sociedad prestataria sin que se especifique cuáles son las magnitudes sobre las que se medirá esa evolución. El artículo 256 de la citada Ley 13/2003 especifica que tal remuneración tendrá necesariamente que estar vinculada a los ingresos, o a los cobros, de la sociedad concesionaria.

Los créditos y préstamos participativos son utilizados como un instrumento para completar la aportación de recursos de los accionistas, maximizando la caja generada por la sociedad vehículo. Dado que, por un lado los dividendos y reducciones de capital no afectan a la cuenta de resultados y por tanto no reducen la base imponible. Por otro lado, estas deudas están subordinadas respecto de la principal, generalmente bancaria. Además, cualquier remuneración a los accionistas suele estar sometida al cumplimiento de un ratio mínimo de generación de caja para atender el servicio de la deuda, lo que en la práctica retrasa cualquier pago a los socios incluido el pago de los intereses devengados que tienen que capitalizarse.

- Por último, la relativa libertad para fijar el precio de estas deudas, calculado normalmente sobre el tipo de interés de referencia del préstamo principal, para cumplir con el requisito de remuneración variable junto a la posibilidad de utilizar las pérdidas de un ejercicio durante los 15 siguientes para disminuir la base imponible del impuesto de sociedades, hacen que se mejore a veces significativamente la caja del proyecto, lo que beneficia a acreedores y socios, en perjuicio de las arcas públicas, lo que a su vez tiene un impacto positivo en los ratios de control del proyecto, su capacidad de repago en situaciones

desfavorables, etc.. y en general contribuye a mejorar la percepción del proyecto para sus potenciales prestatarios.

Como señala MUÑOZ MACHADO²¹⁹ *“los préstamos participativos están más próximos a los fondos propios que al endeudamiento con recursos ajenos. Los acreedores por razón de préstamos de aquel tipo están en una situación de riesgo bastante próxima a la de los accionistas”*.

Como se ha podido observar, la financiación de las colaboraciones público-privadas es uno de los elementos más importantes del proyecto que se pretende acometer. Es más, el hecho de su repercusión en el presupuesto público resulta crucial a la hora de decidir el tipo de financiación que se utilizará para llevar a delante el proyecto. El paso dado por el legislador en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, consistente en permitir la aplicación de las normas sobre financiación previstas para el contrato de concesión de obra pública, al contrato de colaboración público-privada, supone en la práctica facilitar la proliferación de este tipo de contratos que hasta la fecha, como luego veremos, adolecían de regulación suficiente para ser desarrollados.

D) Garantías de Estado

Si bien no son elementos de financiación propiamente dichos, coadyuvan o facilitan la obtención de la misma por parte del operador privado. Así, Ridao define las garantías de estado como *“cualquier obligación secundaria que vincula legalmente a un gobierno a asumir una obligación de pago en caso de que, durante el desarrollo de una CPP, concurra una causa especificada”*²²⁰ La denominación Estado debe ser entendida como una Administración soberana incluidas de carácter internacional,

²¹⁹ MUÑOZ MACHADO (2004), p. 1313.

²²⁰ RIDAO I MARTÍN (2012), p. 152

como la Unión Europea. Como apunta Ridao, al que seguimos en la exposición de estos instrumentos, en el contexto de crisis financiera, el principal objetivo que puede animar la adopción por parte de un estado de un esquema de garantías de estado, es el de corregir la inestabilidad de los mercados financieros. Sin embargo se pueden apuntar otros incentivos igualmente deseables como son la reducción de costes de financiación de los proyectos, acelerar los plazos de ejecución, diversificar los proveedores de financiación etc...²²¹

Las fórmulas más habituales, que se incluyen como cláusulas dentro de los contratos, a través de las cuales se articulan estas garantías son las siguientes:²²²

- Garantías de ingresos o de utilización. Bajo esta modalidad el gobierno garantiza al operador privado un determinado nivel de ingresos.
- Garantías de un mínimo de cargo por servicios. La administración se compromete a que los pagos por servicios no bajarán de un determinado umbral, con independencia del nivel de servicio prestado. Los financiadores del proyecto aseguran un cierto compromiso del gobierno con sus deudas o una parte de ellas, en tanto que éste asume una parte del riesgo de disponibilidad.
- Garantías sobre cambios en la Ley o en la política. Se da normalmente en países con cierta inestabilidad política. Esta garantía puede ser requerida por el operador privado para asegurar la viabilidad del proyecto, ante cualquier cambio político o legislativo.
- Pagos por cancelación. Se consideran garantías de este tipo las disposiciones estándar de los CPP que reflejen la obligación del gobierno de satisfacer algún pago en virtud del valor de la parte pendiente de ejecución del contrato o de los activos que son transferidos al gobierno.

²²¹ Ibídem

²²² Ibídem

- Compromisos de subrogación de la deuda. Esta modalidad exige la cancelación del contrato. La administración se hace cargo de los remanentes de crédito que existan en el momento de la cancelación.
- Pagos por valor residual. Se suelen utilizar en aquellos supuestos en los que se prevé que no se van a amortizar las inversiones iniciales.

Dentro de las garantías financieras se refiere, se distinguen tres tipos, a saber:

- Garantías de préstamos. Son instrumentos con los que los gobiernos garantizan el servicio de la deuda en caso de que el operador privado deje de atenderle. Se articulan a través de las denominadas garantías de refinanciación. Son utilizadas cuando los prestamistas no pueden financiara al operador privado a un precio razonable, compatible con la duración del contrato o con los flujos de caja que éste produce en la tesorería del operador privado. En estos supuesto el gobierno garantiza la devolución del préstamo si el operador privado es incapaz de refinanciarse.
- Garantías estructuradas dentro del CPP. Dentro de ellas, Ridao menciona la *cession de créances* francesa junto al *Forfaitierungsmodell* alemán. En la primera, el estado garantiza la cesión de una parte de los ingresos que el operador privado deba recibir. Esta cesión tiene carácter irrevocable y obliga con independencia de que el servicio se preste o no. En el supuesto alemán, se trata de un acuerdo entre el gobierno y los prestadores, por el cual la parte pública renuncia a la aplicación de una parte de las penalidades económicas. Se suele aplicar una vez construida la infraestructura. No cubriendo, por tanto, el riesgo de construcción, que reside en el operador privado.
- Por último cabe mencionar las denominadas garantías financieras de los entes subestatales. Mediante estas garantías los gobiernos centrales avalan la promoción de los proyectos realizados por entes subestatales. En estos supuestos el proyecto se equipara a los de carácter estatal. ,

Capítulo III: LOS PROGRAMAS ESPECIALES DE ARMAMENTO DEL MINISTERIO DE DEFENSA EN ESPAÑA

3.1. LA FINANCIACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE OBTENCIÓN DE ARMAMENTO EN EL ÁMBITO DEL MINISTERIO DE DEFENSA

Antes de abordar el estudio de la posible aplicación de las técnicas de colaboración público privada a los programas de obtención de armamento del Ministerio de Defensa, resulta imprescindible explicar cómo se financian éstos en la actualidad, cómo se han venido financiando hasta finales de los años 90 y de qué manera se ve afectada esta financiación en los momentos de crisis actual.

Se puede afirmar que hasta la creación del Ministerio de Defensa en el año 1977, no se puede hablar de la existencia de programas de obtención de armamento en nuestro país. La realidad nos indica que hasta esa fecha se adquirían productos de segunda mano, normalmente a los Estados Unidos de América, a través de los denominados contratos FMS (*Foreign Military Sales*).²²³ El material que se adquiría estaba en muchos casos obsoleto ya que se trataba de excedentes que el citado Gobierno americano tenía procedente de la segunda guerra mundial.

En puridad las circunstancias sociopolíticas internas y externas que afectaban a nuestro país, impedían desarrollar una política de armamento y material sólida y coordinada entre los tres Ministerios militares existentes. Por ello, tras la creación del Ministerio de Defensa en los primeros momentos de la recuperación del sistema

²²³Sobre los Contratos FMS (*Foreign Military Sales*) ver SANABRIA LUENGO (2006), pp. 30-38.

democrático en España, se inicia un nuevo periodo de política de armamento cuyo fin principal era dotar a nuestras Fuerzas Armadas de un material moderno y eficaz, que le permitiese postularse como miembro de las alianzas militares de nuestro entorno occidental. Para ello, resultaba absolutamente necesario realizar unas importantes inversiones por parte del recién creado Ministerio de Defensa. La manera de llevar a cabo la mencionada modernización, podría articularse a través de las siguientes posibilidades de adquisición de material.²²⁴

- Compra a una fuente de suministro exterior.
- Compra a una fuente de suministro nacional existente.
- Promoción de programas de investigación, desarrollo, industrialización y producción nacionales.
- Codesarrollo y coproducción como consecuencia de la participación en programas de cooperación industrial internacional.

Desde el punto de vista puramente presupuestario, resultó necesaria la promulgación de una Ley que reconociese la necesidad de realizar las mencionadas inversiones, así como que proporcionase el adecuado soporte financiero para llevarlas a cabo, mediante una programación a medio y largo plazo.²²⁵ En consecuencia se promulgó la Ley 44/1982 de Dotación para las Fuerzas Armadas. La citada Ley perseguía una redistribución más racional entre el gasto dedicado a personal y el de inversiones en material, en el presupuesto de defensa. Así, el objetivo a alcanzar era una distribución que mantenía el gasto en personal en un 40% y el de inversiones en material en el 60%.²²⁶

²²⁴GARCÍA RUÍZ (2010), p. 15

²²⁵PÉREZ MUINELO (2008), p. 194

²²⁶Ibídem

Si bien los objetivos inicialmente previstos no se cumplieron, sí se puede afirmar que la citada Ley supuso un impulso cualitativo y cuantitativo en el proceso de modernización de las Fuerzas Armadas.²²⁷ De hecho, en 1983 se firma la compra de 72 aviones F-18 A al Gobierno de Estados Unidos por valor de 1.543 millones de dólares en condiciones económicas de 1981, a través del sistema FMS. Como contrapartida a la citada inversión, se acordaron unas compensaciones industriales para nuestra industria, que podemos considerar la base de su despegue tecnológico en materia de ingeniería aeroespacial.²²⁸ Junto a este programa aeronáutico cabe destacar también la compra de aviones Harrier para nuestra Armada, helicópteros Chinook para el Ejército de tierra y equipamiento de alta tecnología para el portaviones Príncipe de Asturias.

El fin de la guerra fría y por ende la reconsideración de las amenazas, dio lugar a una disminución del presupuesto de defensa en España, en consonancia con objetivo de cumplir con el programa de convergencia, que permitiría el acceso de pleno derecho de nuestro país a la Unión económica y Monetaria Europea. Este objetivo obligó a reducir el nivel de déficit presupuestario y el endeudamiento público a mínimos históricos.²²⁹

A pesar de lo anterior, los compromisos adquiridos por España en el marco de las organizaciones militares (OTAN e UEO), motivó un acercamiento de nuestro Ministerio de Defensa hacia la industria nacional, con el fin de impulsar un nuevo programa de desarrollo de nuestro material con la participación de nuestra industria en programas de cooperación internacional. Surgen entonces, los denominados programas especiales de modernización.

²²⁷ Desde 1991 hasta 1996 se produce un descenso del presupuesto de defensa en un 25% calculado sobre el objetivo establecido por la Ley 44/1982.

²²⁸ Sobre compensaciones industriales ver SANABRIA LUENGO M (2006) y GARCÍA RUÍZ M. op. cit .

²²⁹ PÉREZ MUINELO (2008), p. 112

3.2. LOS PROGRAMAS ESPECIALES DE DEFENSA

3.2.1. Definición

La definición más reciente es la realizada por la Secretaría de Estado de Defensa de enero de 2012.²³⁰ Según ésta, se denominan *Programas Especiales de Defensa* a aquellos programas de modernización de las Fuerzas Armadas caracterizados por su enorme coste y complejidad, además de participar de las siguientes características:

- Desde un punto de vista **operativo**: se trata de sistemas de armas de última generación que suponen un salto tanto cualitativo como cuantitativo en el equipamiento de los Ejércitos.
- Desde un punto de vista **industrial**: el desarrollo de este tipo de programas de cooperación internacional, implica importantes retornos para la economía española y un extraordinario impulso para la industria de defensa al aportar nuevas tecnologías, valor añadido y mantenimiento de la capacidad y nivel de empleo.
- Desde un punto de vista **financiero**: son prefinanciados inicialmente por el Ministerio de Industria, a través de anticipos reintegrables sin intereses que se conceden a las empresas españolas participantes en estos programas.
- Desde el punto de vista **contractual**: están excluidos de la aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, Ley de Contratos del Sector Público.²³¹

Por su parte, Pérez Muínelo los define como *“aquellos programas que han venido a constituir el pilar básico de la modernización de las Fuerzas Armadas*

²³⁰ Documento interno del Ministerio de Defensa (Secretaría de Estado de Defensa).

²³¹ Las razones sobre su exclusión son tratadas pormenorizadamente en siguientes epígrafes de esta tesis.

*españolas, dotándolas de los medios que les permitirá cumplir sus misiones y compromisos, tanto nacionales como internacionales”.*²³²

En definitiva se trata de programas orientados a dotar a las Fuerzas Armadas del material esencial para cumplir sus compromisos tanto nacionales como internacionales asumidos en las distintas alianzas militares.

Desde un punto de vista puramente industrial, han supuesto un avance tecnológico muy importante para la industria militar española. A modo de ejemplo, el Programa Eurofighter ha generado y está previsto que genere los siguientes niveles de empleo en España para el periodo 200-2020²³³:

- Empleos directos (industria aeroespacial) 3000
- Empleos indirectos (subcontratistas) 1.200
- Empleos inducidos (empresas auxiliares y de servicios) 14.000

Además, el nivel de los empleos generados es de alta cualificación profesional. Todo ello coadyuva a que las empresas españolas implicadas hayan conseguido una adecuada calificación y cualificación tecnológica.

Por último, la participación española en estos programas da lugar un retorno fiscal de parte de la inversión realizada. El flujo de retorno vía impuestos y cargas sociales se ha estimado que puede llegar a situarse entre el 30 y 70% de la inversión realizada.²³⁴ Estudios más recientes sitúan la efectiva tasa de retorno fiscal en un 35%,

²³² PÉREZ MUINELO (2006), p. 110

²³³ Fundación Aerospacio “Impacto del Programa Eurofighter en la Industria Española” Madrid 2004 pp. 110 y ss.

²³⁴ *Ibidem* p.47.

sólo considerando la actividad de los contratistas principales (CASA e ITP), elevándose al 46% una vez incluidos los subcontratistas de primer nivel.²³⁵

3.2.2. Financiación

Desde un punto de vista de financiación, estos programas son pre-financiados por el Ministerio de Industria mediante anticipos reintegrables. Es decir inicialmente el esfuerzo de inversión lo realiza el Ministerio de Industria y Tecnología y posteriormente una vez entregados las distintas unidades, el Ministerio de Defensa reintegra los anticipos realizados al de Industria.

Los programas aludidos que se gestionan en la actualidad se recogen en el **Cuadro 3.1:**

²³⁵ Álvarez Pascual (2012), p. 131.

Cuadro 3.1: RESUMEN FINANCIACIÓN PROGRAMAS ESPECIALES

Programa	Fecha autorización Consejo de Ministros	Importe contractual (M€)	Gasto autorizado 2009	Importe actualizado Dic.2010
Fragatas F-100 (4)	24/01/97	1.683	2.007	1.810
Avión EF-2000 (87)	20/11/97	9.255	9.255	11.718
Carro Leopardo (235)	21/12/98	1.910	2.390	2.399
Avión A-400 (27)	16/11/01	3.453	4.443	5.493
Submarinos S80 (4)	05/09/03	1.756	2.136	2.212
Portaviones proyección estratégica (1)	05/09/03	360	375	462
Helicóptero Tigre (24)	05/09/03	1.247	1.517	1.580
Vehículo Pizarro (212)	5/09/03	708	787	745
Misil Iris-T	23/12/04	247	285	291
Fragata 105 (1)	20/05/05	352	823	834
Buque de Acción Marítima (4)	20/05/05	352	390	488
Buque de aprovisionamiento BAC (1)	20/05/05	352	390	238
Misil Spike -LR (260)	20/05/05	324	365	356
Helicóptero NH 90 (45)	20/05/05	1.260	1.260	2.463
Misil Taurus (43)	24/06/05	57	60	60
Obús 155/52 (82)	01/07/05	181	196	200
Helicóptero medio UME (1)	14/12/07	76	76	80
Avión apagafuegos UME (1)	14/12/07	44	41	41
Nodos CIS desplegables (100)	24/12/08	60	60	61
Total (M€)		23.880	28.883	31.631

Fuente: Ed. Ministerio de Defensa. Madrid, 2012

La situación de pagos y devoluciones entre los Ministerios de Defensa e Industria a finales del año 2012 se recoge en el **Cuadro 3.2:**²³⁶

²³⁶ Datos obtenidos de la Dirección General de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa, a Diciembre de 2012.

Cuadro 3.2:ESQUEMA DE PAGOS Y DEVOLUCIONES (€)

Años	Necesidad Financiación	Financiación MIET	Financiación Defensa	Defensa Devoluciones	Total Defensa
1997	236,053,514.12	236,053,514.12	0.00	0.00	0.00
1998	574,483,430.09	574,483,430.09	0.00	0.00	0.00
1999	694,385,344.92	694,385,344.92	0.00	0.00	0.00
2000	684,816,955.27	684,816,955.27	0.00	0.00	0.00
2001	973,939,575.74	973,939,575.74	0.00	0.00	0.00
2002	1,348,599,197.05	1,146,044,424.62	202,554,772.43	0.00	202,554,772.43
2003	1,378,244,265.58	1,024,754,653.58	353,489,612.00	0.00	353,489,612.00
2004	1,609,743,357.67	1,031,525,368.66	578,217,989.01	0.00	578,217,989.01
2005	1,525,443,436.59	989,138,615.41	536,304,821.18	27,150,000.00	563,454,821.18
2006	1,759,872,045.38	1,349,293,458.02	410,578,587.36	27,150,000.00	437,728,587.36
2007	1,796,957,940.78	1,264,656,390.00	532,301,550.78	27,150,000.00	559,451,550.78
2008	1,944,113,340.41	1,366,678,606.35	577,434,734.06	14,411,350.00	591,846,084.06
2009	1,705,945,076.64	1,157,523,953.75	548,421,122.89	4,976,729.29	553,397,852.18
2010	1,015,952,863.54	767,794,343.95	248,158,519.59	5,070,630.00	253,229,149.59
2011	435,488,457.22	234,180,283.33	201,308,173.89	0.00	201,308,173.89
2012	2,370,052,443.20	507,777,351.67	4,953,460.00	0.00	4,953,460.00
2013	1,692,556,996.58	143,152,507.20	6,842,497.00	0.00	6,842,497.00
2014	1,823,419,358.69	150,400,000.00	6,842,497.00	0.00	6,842,497.00
2015	1,652,515,705.27	119,900,000.00	10,585,227.00	386,757,270.00	397,342,497.00
2016	1,462,008,337.75	45,400,000.00	6,105,665.00	562,000,000.00	568,105,665.00
2017	1,539,363,076.46	0.00	6,105,665.00	718,247,000.00	724,352,665.00
2018	1,015,487,111.24		6,105,665.00	785,200,000.00	791,305,665.00
2019	787,256,512.15		6,105,665.00	862,546,403.00	868,652,068.00
2020	767,074,990.00		6,105,665.00	978,695,357.85	984,801,022.85
2021	706,687,294.00		6,105,665.00	1,026,000,000.00	1,032,105,665.00
2022	557,130,000.00		6,105,665.00	1,079,000,000.00	1,085,105,665.00
2023	0.00		0.00	1,125,016,146.67	1,125,016,146.67
2024	0.00		0.00	1,170,000,000.00	1,170,000,000.00
2025	0.00			1,161,408,000.00	1,161,408,000.00
2026	0.00			1,127,873,556.41	1,127,873,556.41
2027	0.00			1,085,223,376.33	1,085,223,376.33
2028	0.00			995,422,006.77	995,422,006.77
2029	0.00			904,912,830.83	904,912,830.83
2030	0.00			463,712,645.24	463,712,645.24
TOTAL	32,057,590,626.34	14,461,898,776.68	4,260,733,219.19	14,537,923,302.39	18,798,656,521.58

Fuente: D.G. de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa (diciembre de 2012).

3.2.3 Problemática de los programas especiales

Los programas especiales del Ministerio de Defensa se enfrentan a varios problemas que afectan directamente a su viabilidad. Inicialmente se ha pasado de una política de compra de material a terceros países, obteniendo a cambio ciertas compensaciones industriales, a apostar por una industria europea de defensa capaz de competir con la estadounidense. ¿Se ha conseguido en realidad el objetivo planteado? La respuesta no es sencilla. En principio se puede afirmar que se ha desarrollado en gran medida las capacidades de nuestra industria gracias a su participación especialmente los programas EF-2000 y A400M, pero no es menos cierto, que el coste ha sido y está siendo excesivamente elevado y los resultados del producto final todavía dejan mucho que desear.

Sirvan de ejemplo, los problemas con los que se enfrenta el programa A400M, en el que los gobiernos participantes se han visto obligados a invertir nuevamente ingentes cantidades de dinero para poder ver la continuidad del programa. Algo parecido ha ocurrido con el EF-2000, cuya tercera fase de producción se ha visto dividida en dos debido a la falta de presupuesto de las naciones participantes. En cualquier caso, este programa está bastante más maduro e incluso ya se han exportado un considerable número de unidades.²³⁷

La pregunta realizada no queda totalmente contestada. Por un lado, el EF-2000 está entrando en fase de servicio y ello puede ser considerado un éxito. Por otro lado, las capacidades del sistema de armas solicitadas no se han cumplido y está requiriendo continuas y costosísimas modificaciones y mejoras. Simplemente a título de ejemplo cabe destacar que para dotar al citado sistema de armas de capacidad aire-suelo se

²³⁷ Las exportaciones realizadas son las siguientes: 72 aviones a Arabia Saudí y 18 a Austria.

firmó en el año 2006 un contrato de 1.200 millones de euros²³⁸ y todavía no se ha entregado a plena satisfacción.

Por su parte, dada la situación financiera que presenta nuestra Administración en General y especialmente el Ministerio de Defensa, éste no podrá hacer frente a las obligaciones financieras derivadas de estos programas hasta el año 2016.²³⁹ Cabe destacar sin embargo, que en Junio de 2012 el Gobierno aprobó un Real Decreto Ley que introducía un crédito extraordinario de 1.700 Millones de Euros para atender las deudas relacionadas con estos programas por entregas ya realizadas, saldando así las deudas pendientes de satisfacer en al menos los programas de mayor peso económico (entre ellos el EF-2000).²⁴⁰ Por otra parte, de seguir con los niveles de inversiones con los que cuenta desde el año 2008 el Ministerio de Defensa, será prácticamente imposible afrontar nuevas adquisiciones en los próximos 20 años.²⁴¹ Los niveles de inversión en el presupuesto de Defensa inicial se han visto disminuidos a la mitad desde el año 2008 hasta el 2011, manteniéndose en la misma cantidad en el año 2012.²⁴²

²³⁸ Es el denominado programa FBE (*FirstBatch of Enhancements*) cuya entrega está prevista para finales del 2011 y una segunda entrega a mediados del 2012. Ambas se han visto retrasadas hasta finales de 2012 y 2013 respectivamente.

²³⁹ Álvarez Pascual (2012), p.131

²⁴⁰ Ver RD-Ley 26/2012, de 7 de septiembre, por el que se concede un crédito extraordinario en el presupuesto del Ministerio de Defensa para atender al pago de las obligaciones correspondientes a los programas especiales de armamento por entregas ya realizadas.

²⁴¹ Álvarez Pascual S (2012), p. 133

²⁴² Datos obtenidos de la Oficina Presupuestaria del MINISDEF.

Cuadro 3.3: PRESUPUESTO DE INVERSIONES MINISTERIO DE DEFENSA (M€)

PROGRAMA	2008		2009			2010			2011			2012			2013			2014	
	Ppto	%	Ppto	No Disp.		Ppto	No Disp.		Ppto	No Disp.		Ppto	No Disp.		Ppto	%		Ppto	%
PROG. PRINCIPALES	607.105,72	17%	707.591,23	-179.790,00	-53%	333.744,59	-83.800,00	-39%	204.525,46	-6.000,00	-98%	4.953,46		38%	6.842,50	0%	6.842,50		
MODERNIZACIÓN (sin 122A.U)	540.438,12	-31%	371.367,34	-2.400,00	-26%	274.399,98	-11.200,00	-11%	243.058,82	-2.810,70	-23%	187.436,61	-1.483,22	-29%	132.894,06	-14%	114.809,42		
INFRAESTRUCTURA	78.169,00	-31%	53.772,00	-1.300,00	-17%	44.863,86		-10%	40.354,75		-32%	27.506,86		-35%	17.760,73	-9%	16.240,41		
APOYO LOGÍSTICO	594.585,90	-27%	435.166,10	-13.000,00	4%	450.771,23	-15.000,00	-6%	422.698,09	-3.073,20	-14%	365.307,18	-11.572,63	-24%	277.874,93	-7%	258.875,45		
I + D	189.889,93	-24%	144.107,72	-1.300,00	-45%	79.405,43		-8%	73.053,00		-28%	52.357,64		-30%	36.546,82	-5%	34.719,48		
OTRAS INVERSIONES	28.067,51	-23%	21.477,29	-894,00	-12%	18.863,82		13%	21.354,71	-44,06	-23%	16.438,25		-17%	13.595,06	-9%	12.314,16		
TOTAL INVERSIONES	2.038.256,18	-15%	1.733.481,68	-198.684,00	-31%	1.202.048,91	-110.000,00	-16%	1.005.044,83	-11.927,96	-35%	654.000,00	-13.055,85	-26%	485.514,10	-9%	443.801,42		
CAPÍTULO 2	1.069.539,21	-2%	1.048.412,24	-4.106,00	0%	1.043.366,28	-15.382,24	-3%	1.008.905,90	-30.340,00	-14%	866.773,63	-30.340,00	-15%	740.274,67	-8%	682.784,48		

Fuente: Oficina Presupuestaria de la D.G. de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa

En resumen podemos afirmar que estos programas presentan tres tipos de problemas:

- A) Un problema financiero que no sólo afecta a la fase de producción de los distintos sistemas de armas, sino a su ciclo de vida.
- B) Un problema de organización y gestión de los programas.
- C) Un problema de consecución de los intereses estratégicos de nuestra industria nacional.

De alguna forma estos problemas fueron expuestos, que no solucionados, en la comparecencia del Secretario de Estado de Defensa en la Comisión del citado departamento del Congreso de los Diputados de fecha 21 de Septiembre de 2011, presentándolos de la siguiente manera: *“el esfuerzo en la modernización de los sistemas de armas que se puso en marcha a finales de los noventa, presenta un balance de luces y sombras. Si bien ha permitido a las Fuerzas Armadas obtener determinadas capacidades necesarias para cumplir sus misiones con el nivel tecnológico adecuado y colocarse a la altura de sus aliados, el proceso iniciado entonces se ha desarrollado de forma poco planificada sobre la base de un modelo, diría, obsesionado por las adquisiciones pero sin tener en cuenta el impacto financiero*

*de las mismas y su sostenimiento posterior; un modelo que creó una ilusión financiera totalmente alejada de la senda de gasto que los presupuestos de Defensa podían y pueden soportar;...*²⁴³

A) El problema financiero

En la citada comparecencia, se identificó el origen del problema financiero con una “*ilusión financiera*”,²⁴⁴ que guió la correspondiente adquisición de compromisos con los programas en los años 90. Nosotros no estamos en absoluto de acuerdo con esta reflexión, pues sin ir más lejos el programa más costoso y más antiguo de los existentes es el EF-2000, heredero del EFA en el que España entró y firmó sus compromisos en los años 85 y 87. En segundo lugar, sí pudo haber una cierta ilusión financiera en los años 90, que afectó no sólo al Ministerio de Defensa, sino también al resto de departamentos ministeriales. En cualquier caso, si esta *ilusión financiera* ha permitido al Ministerio de Defensa, por primera vez en su historia moderna, contar con las capacidades necesarias, dentro de un nivel tecnológico adecuado, como apunta Méndez, el presupuesto de Defensa se debería acomodar a su sostenimiento, a sensu contrario, estaríamos afirmando que España no puede mantener las capacidades de Defensa necesarias con el nivel tecnológico adecuado. Distinto es que el modelo financiero utilizado sea mejorable.

Consideramos cierto que el modelo financiero utilizado no es el más óptimo. No es desde luego el modelo perfecto, pero sí el que ya se había utilizado con éxito en países de nuestro entorno. Recordemos que presupuestariamente el sistema de financiación se ha venido instrumentando mediante la concesión de unos anticipos reintegrables, sin coste financiero, por parte del Ministerio de Industria a las empresas que desarrollaban el programa, en virtud de los oportunos contratos con el Ministerio

²⁴³ MÉNDEZ (2011), p. 3.

²⁴⁴ *Ibidem* pp. 5 y 6

de Defensa. Es el denominado sistema alemán o de llave en mano, ya tratado en capítulos anteriores. ¿Cuál es el problema del modelo financiero entonces?

El problema de este modelo es que no incentiva a la industria adecuadamente. En primer lugar, porque los anticipos recibidos son sin intereses, lo que implica en definitiva que las empresas no necesitan ir a buscar el capital a ninguna entidad financiera y por ende, se ahorran estos costes. Pero tampoco están expuestas a grandes penalidades por retrasos, lo que les sitúa en una inmejorable posición contractual en detrimento de la Administración. En definitiva la industria no asume ningún riesgo, salvo un posible menoscabo de su reputación profesional. Este hecho constituye una debilidad del modelo que desde nuestro punto de vista es salvable. No hay que olvidar que se trata de los primeros programas de este tipo que se realizan en la historia del Ministerio de Defensa. De ahí que la falta de experiencia de nuestra Administración e incluso de nuestra industria, de lugar a ineficiencias que tienen una repercusión financiera.

En cualquier caso, en la actualidad el Ministerio de Defensa se está planteando dar una solución al problema, a través del análisis y estudio de las siguientes posibilidades ya anunciadas en los informes de la Secretaria de Estado de Defensa, presentados en la comparecencia del Secretario de Estado ante el Congreso de los Diputados, el 21 de septiembre de 2011.²⁴⁵

- **Renegociación de los pagos:** el aplazamiento debe plantearse para resolver un escenario completo y realista en las previsiones de pago, evitando con ello continuas reprogramaciones de los mismos. Esta posibilidad, al menos en el programa EF-2000 se está negociando en la actualidad. La propuesta española se ha concentrado en solicitar un retraso en las entregas de los aviones,

²⁴⁵ Informe nº 1 sobre Evaluación de los Programas Especiales de Armamento (PEA's). Informe de análisis de la situación financiero presupuestaria

cambiando el orden de recepción con otras naciones e incluso con terceros países importadores. Todavía no se ha alcanzado un acuerdo definitivo al respecto.

- **Incremento en el Capítulo VI del Ministerio de Defensa:** las necesidades financieras derivadas de los Programas especiales, así como el mantenimiento de los mismos requiere, como se ha apuntado con anterioridad, incrementar el capítulo VI (inversiones) en detrimento de otros, ya que los objetivos de déficit impuestos por la Unión Europea no permiten un incremento del presupuesto de defensa en estos momentos. Con respecto a este punto, cabe destacar la desproporción histórica²⁴⁶ que ha existido en el presupuesto de defensa entre las partidas dedicadas a gastos de personal y material. En definitiva, se trataría de reestructurar la dimensión de las Fuerzas Armadas, contemplando la posibilidad de una considerable reducción de personal e instalaciones, que podría conducir a un incremento de las necesarias inversiones en el medio y largo plazo.

Como se puede apreciar, sólo durante los años 2006-2007 se llegó cerca de la deseada distribución entre el recurso de personal y material del 50/50. Sin embargo la distribución se ha desequilibrado hasta alcanzar una proporción 33/67 en el año 2011. Por tanto, sólo un ajuste en la parte dedicada a personal, podría permitir con la misma dotación presupuestaria, un incremento en las partidas dedicadas a inversiones en material.

-

²⁴⁶ Ver cuadro con datos obtenidos de la Oficina Presupuestaria del MINISDEF, en miles de euros corrientes.

Cuadro 3.4: PRESUPUESTO DE PERSONAL Y MATERIAL MINISTERIO DE DEFENSA (€)

TOTAL PRESUPUESTO DEFENSA (Euros corrientes)						
AÑOS	PERSONAL		MATERIAL		TOTAL	
	Importe	%	Importe	%	Importe	%
1997	2.956.853,34	56,5	2.271.903,89	43,5	5.228.757,23	100
1998	3.100.831,80	57,5	2.292.825,12	42,5	5.393.656,92	100
1999	3.248.332,19	58,2	2.330.093,88	41,8	5.578.426,07	100
2000	3.373.877,61	58,1	2.428.323,30	41,9	5.802.200,91	100
2001	3.537.750,22	58,3	2.525.449,35	41,7	6.063.199,57	100
2002	3.667.683,78	58,0	2.654.962,85	42,0	6.322.646,63	100
2003	3.742.432,93	57,8	2.737.225,55	42,2	6.479.658,48	100
2004	3.849.841,37	57,1	2.896.931,47	42,9	6.746.772,84	100
2005	3.905.838,19	55,9	3.084.938,71	44,1	6.990.776,90	100
2006	4.212.185,11	56,8	3.204.346,44	43,2	7.416.531,55	100
2007	4.616.937,76	57,3	3.435.820,38	42,7	8.052.758,14	100
2008	4.937.592,71	58,1	3.556.514,37	41,9	8.494.107,08	100
2009	5.048.514,02	61,2	3.207.258,24	38,8	8.255.772,26	100
2010	5.040.585,68	65,5	2.654.276,58	34,5	7.694.862,26	100
2011	4.767.753,07	66,6	2.388.626,70	33,4	7.156.379,77	100
2012	4.636.356,26	73,4	1.680.084,26	26,6	6.316.440,52	100
2013	4.504.002,69	75,9	1.432.997,35	24,1	5.937.000,04	100
2014	4.421.833,37	77,0	1.323.936,60	23,0	5.745.769,97	100

Fuente: Oficina presupuestaria de la D.G. de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa

- **Incrementos de financiación del Ministerio de Industria:** En la citada comparecencia del Secretario de Estado, se menciona la exploración de esta posibilidad, aunque fuera de forma complementaria a los presupuestos de defensa, para salvar al menos las insuficiencias crediticias previstas para los próximos tres años. No obstante, nosotros creemos que la aplicación de esta medida se enfrenta a los mismos problemas que el propio incremento de los presupuestos de defensa inicialmente indicado, esto es la necesidad de adecuar el déficit público a los niveles impuestos por la Unión Europea.
- **Revisión de los programas especiales para reducir sus importes comprometidos:** El citado informe nº1 sobre Evaluación de los Programas Especiales de (PEA's), informe de análisis de la situación financiero presupuestaria, concluye que se debe estudiar las maneras de conseguir una reducción en los importes ya comprometidos para estos programas. Al respecto, cabe afirmar en primer lugar, que no es tarea fácil. Los compromisos

adquiridos deben ser respetados, pues al tratarse en la mayoría de los casos de programas cooperativos, la eliminación o reducción de unidades afecta de manera significativa a los demás socios. En segundo lugar existen cláusulas en los acuerdos que sustentan los programas que impiden las citadas reducciones por debajo de un determinado número de unidades. Así, en el supuesto del programa Eurofighter, si no se adquieren las unidades mínimas comprometidas, 620 para todas las naciones y 87 para España, la nación que incumpla su compromiso debe compensar a las otras, de tal suerte que su precio unitario de producción no se vea incrementado. Lo cual supone en la práctica, que resulta más rentable continuar en el programa y respetar los compromisos adquiridos que intentar cualquier reducción de unidades. Sí es cierto, que caben fórmulas intermedias como sería la exportación de unidades comprometidas.

- **Condonación de los créditos aportados por el Ministerio de industria:** Esta solución sería fácil de implementar, pero adolece del mismo problema que el simple incremento del presupuesto de Defensa.

En definitiva, en cuanto al problema financiero se refiere debemos decir que no tiene una solución única. En segundo lugar, el problema persistirá hasta el momento en que España pueda volver a tener unos presupuestos de Defensa acordes con sus necesidades tanto operativas como derivadas de compromisos internacionales de seguridad y defensa. En cualquier caso, se deben tener en cuenta las lecciones aprendidas en cuanto a la aplicación del actual modelo financiero se refiere y evitar en lo posible permitir el rol pasivo que en la actualidad juega la industria. De hecho, en posteriores epígrafes de esta tesis se defenderá la inclusión del modelo de partenariado público-privado en estos programas. Es decir, hacer a la industria socia del programa, lo que implica que asuma ciertos niveles de riesgos. Esta solución, se debe ensayar ya en aquellos programas cuyo apoyo logístico no está todavía desarrollado.

B) El problema de organización y gestión de los programas

El problema enunciado es tratado con mayor profundidad a la hora de analizar la implantación de una agencia de adquisiciones en el ámbito del Ministerio de Defensa. La realidad impone cambiar un modelo organizativo y de gestión de los programas que en la actualidad es inadecuado. Los principales problemas que presenta son básicamente dos, la falta de especialización del personal que trabaja en ellos y la descentralización de la dirección de los mismos. La implantación de una agencia única para la gestión de los citados programas consideramos que es la solución adecuada para este problema, como más tarde se analizará.

C) El problema de consecución de los intereses estratégicos de nuestra industria

El tercer problema expuesto en la comparecencia del anterior Secretario de Estado de Defensa es precisamente la dimensión industrial de nuestro modelo de adquisiciones. Nuestras Fuerzas Armadas se han apoyado en nuestra industria para la adquisición de material a lo largo de la historia. Siempre se ha apoyado la participación de nuestra industria en los distintos programas de adquisiciones, bien de manera directa o a través de la negociación de compensaciones industriales. Todo ello con un fin muy claro, que la inversión que se realizaba tuviese un retorno industrial y así crear una base industrial y tecnológica en nuestro país capaz de competir con industrias de nuestro entorno. La realidad sin embargo nos demuestra que el objetivo no se ha cumplido al menos al nivel deseado. O dicho de otra manera, las inversiones realizadas no han tenido el retorno esperado. A título de ejemplo, cabe destacar que dos de las tres empresas nacionales en las que se han apoyado tradicionalmente nuestras Fuerzas Armadas, ya no son españolas. Así CASA pasó a manos de EADS y Santa Bárbara fue comprada por General Dinamycs. Además la creación de un tejido industrial sólido tampoco se ha conseguido. Las mencionadas empresas, bien por estar bajo control de otras más fuertes o bien por falta de estrategia en las negociaciones iniciales, se han visto relegadas a un papel de meros ensambladores de sistemas. Es

decir, no sólo no hemos conseguido dotar a nuestra industria de una capacidad tecnológica adecuada y autónoma, sino que nos hemos hecho dependientes de otras empresas extranjeras, dependencia ésta que se trasladará a la fase de apoyo en servicio.

El problema por tanto, es grave, pues vemos como los impuestos de los ciudadanos no se han utilizado de manera adecuada o por lo menos en la medida que hubiera sido deseable. No falta quien asegura lo contrario de lo que aquí afirmamos²⁴⁷, pero lo cierto es que no existen estudios fiables que demuestren que las inversiones realizadas han dado los frutos deseados.

La situación descrita por tanto, requiere la toma de medidas de tipo estructural y coyuntural sobre los tres problemas enunciados.

Por ello, desde aquí defendemos que la estructura de este tipo de programas debe cambiar. En los siguientes epígrafes del trabajo se va a defender la implantación progresiva de las nuevas técnicas contractuales entre las que destaca la colaboración público-privada, aplicables tanto a los programas propiamente dichos como a las actuaciones posteriores es decir, al mantenimiento de los sistemas de armas una vez que éstos han entrado en servicio, y por qué no, también al mantenimiento de otros sistemas de armas no procedentes de programas cooperativos internacionales. No obstante lo anterior, el vehículo contractual ahora analizado, si bien puede mitigar parte del problema no resolverá el todo sin acometer reformas que afecten al conjunto de los factores implicados. Es decir, la perspectiva institucional y el modelo de gestión de estos programas deben de ser adecuados a la realidad tratada.

²⁴⁷ Álvarez Pascual (2012), p.135

3.2.4. Especial referencia al programa Eurofighter (EF-2000)

A) Descripción del programa

Una vez definido el concepto de programa especial, resulta conveniente explicar la trayectoria seguida y la situación actual del programa más relevante, a efectos de nuestro estudio, en el que España participa, el programa EF-2000. Lo podemos considerar el más relevante por distintas razones, entre otras por su importancia militar, industrial económica dentro del resto de los programas especiales y por último por constituir el paradigma de los programas de cooperación internacional, pues gran parte de los problemas que sufre y ha sufrido son una referencia de lo sucedido con la mayoría de los otros, como más tarde veremos. No pretendemos llevar a cabo una descripción exhaustiva del programa, pues no lo consideramos propio del presente estudio. No obstante, sí conviene que el lector tenga una idea aproximada de cómo se gestó, qué se pretendía y cómo se está gestionando el citado programa, pues ayudará a entender la situación actual del mismo y cómo el objeto de estudio de esta tesis puede ayudar a afrontar el futuro del mismo.²⁴⁸

Los antecedentes remotos del programa datan del 1977, cuando se plantea dentro del ámbito europeo la necesidad de contar con un avión de combate de nueva generación que fuera capaz de contrarrestar la amenaza de los nuevos cazas soviéticos en desarrollo como lo eran el Mig-29 y el Su-27. Esta propuesta es fundamentalmente liderada por los cuatro países con mayor capacidad tecnológica de este tipo, Alemania, Italia, Francia y Reino Unido. Además conviene señalar que tres de estas naciones (Italia, Alemania y Reino Unido) contaban ya con un caza desarrollado y producido a

²⁴⁸ Existe abundante documentación sobre la descripción del programa. Destacando un artículo de Salvador Álvarez Pascual "Eurofighter. El Triunfo de la Cooperación Europea" publicado en la *Revista Aeronáutica y Astronáutica* de diciembre de 2012, que sirve para alcanzar un buen conocimiento del programa hasta la fecha.

través de un programa de cooperación multinacional, el Tornado, al que había que buscar un sustituto en el plazo de veinte años.

Desgraciadamente la situación económica del momento impidió que este interés se materializase con carácter inmediato, posponiendo el inicio del programa hasta cinco años más tarde. Ya en 1982, una vez mejorada la situación económica, se retoma la iniciativa y España es invitada a participar un año después. La invitación es acogida favorablemente debido fundamentalmente a que suponía iniciarse en un proyecto de independencia tecnológica, contar con una avión de última generación interoperable con nuestros aliados y lo más importante suponía una oportunidad de obtener considerables rendimientos industriales.

Así las cosas, el 29 de abril del año siguiente, se celebró en París una reunión de las cinco naciones participantes con objeto de comenzar con la definición de los requisitos operativos del avión, los denominados *European Staff Requirements* (en adelante ESR). Acordados los citados requisitos en diciembre de 1984, se puede afirmar que comienza el programa. La cordialidad entre las naciones no durará mucho, pues en 1985, Francia pretende ostentar el liderazgo industrial, toda vez que ya había comenzado ciertos estudios y desarrollos de uno propio, el Rafale, lo que fue rechazado por el resto de las naciones y supuso la retirada de Francia del programa.

A partir de ese momento se firma entre las cuatro naciones restantes los primeros MoU's que regirán el programa. Así en 1986 se firma el denominado MoU 1 reglas del programa, en el que se establecen entre otras reglas los índices de participación de las distintas naciones (Alemania 33%, Reino unido 33%, Italia 21% y España 14%) y en 1988 el MoU 4 que contemplaba los acuerdos relativos a la fase de desarrollo del avión.

Así, desde la llamada inicial de las Naciones participantes para que sus respectivos sectores industriales cooperasen íntimamente en el desarrollo del Programa, se requería la formación de dos grupos o Consorcios industriales: uno para

el avión (*"the airframe consortium"*) y otro para el motor (*"the engine consortium"*). Ambos debían constituirse en Alemania y con sede próxima a Munich, ciudad elegida para albergar la Agencia.

Así nació *"Eurofighter Jagdflugzeug GmbH"* (EF) constituido actualmente por las denominadas EPCs (*"Eurofighter Partner Companies"*): BAE Systems (Reino Unido), EADS-D, hoy Cassidian (Alemania), Alenia Aeronautica (Italia) y EADS-CASA (Cassidian Air Systems, España).

Para el motor se creó *"Eurojet Turbo GmbH"* (EJ), constituida por Rolls-Royce (Reino Unido), MTU Aero Engines (Alemania), Avio (Italia) e ITP (España).

Para añadir solvencia técnica a Eurofighter GmbH en materia de simulación, se constituyó en 1999 el consorcio ESS, *"Eurofighter Simulation Systems GmbH"*, formado por INDRA Sistemas (España), que lo lidera, Thales Training and Simulation (Reino Unido), Selex-Galileo (Italia) y ARGE (*"Rheinmetall Defence Electronics"* y *"CAE GmbH"*, Alemania).

Por último, las naciones crean una agencia para la gestión del programa y la coordinación de los distintos intereses de las naciones, la NEFMA (NATO European Aircraft Management Agency) a la cual aludiremos más tarde al tratar las agencias.

Los cambios que se producen en el panorama político de finales de los años 80, afectan de manera significativa al programa Eurofighter. Así, la desaparición del Pacto de Varsovia y el desmembramiento de la Unión Soviética hace a los socios plantearse las capacidades que debía tener el avión. De esta manera, se procede a renegociar la definición de las mismas, dando lugar, en 1994, a la redacción de nuevos ESR, que implicaba el desarrollo de un avión más barato, con prestaciones más reducidas, pasando de pretender desarrollar un caza con absoluta superioridad aire/aire a uno de tipo polivalente con cierta capacidad aire/suelo.

Ese mismo año, los socios participantes acuerdan los definitivos porcentajes de participación nacional en el programa, así como el definitivo número de unidades a producir, distribuyéndose de la siguiente manera:²⁴⁹

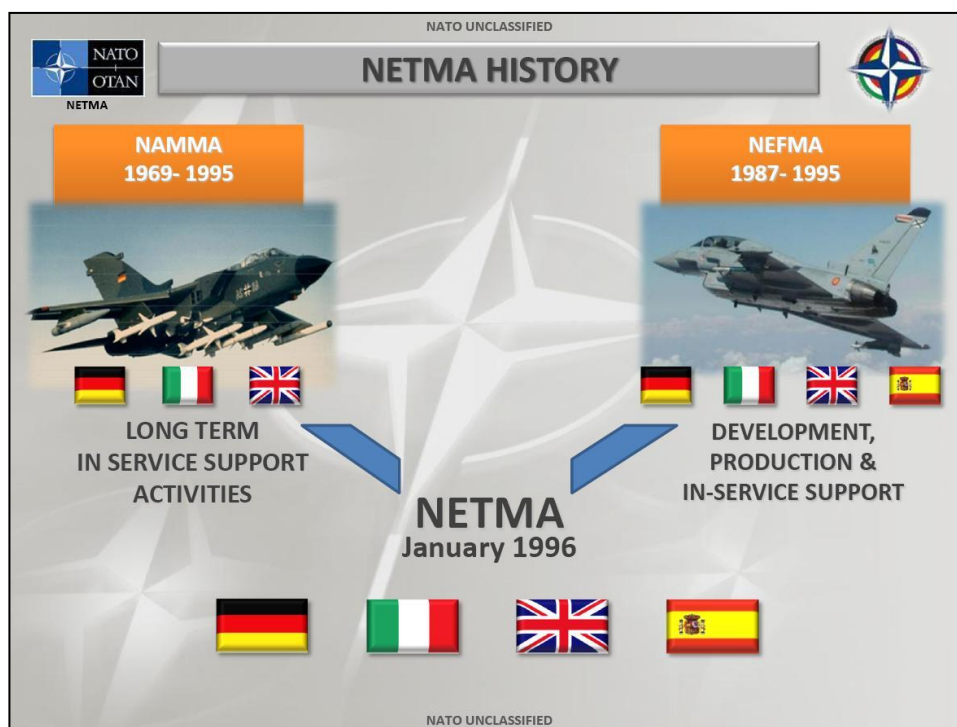
- Reino Unido (37,5%) con un total de 232 Unidades.
- Alemania (29%) con un total de 180 unidades.
- Italia (19,5%) con un total de 121 Unidades.
- España (14%) con un total de 87 Unidades.

En 1997 se firma el MoU 6 (producción)²⁵⁰ que habilita a la agencia NAFMA y los dos consorcios a concluir el contrato marco de producción. Del contrato marco, se derivarán contratos parciales correspondientes a los distintos lotes o “*Tranches*”, en los que se divide la producción total prevista en el programa. Así, en 1998 se firma el contrato correspondiente al primer lote, en 2004 el del segundo y en 2009 el de la primera parte del tercer lote.

Cabe destacar que en 1995 y tras la adopción de una nueva “*NAMMO/NEFMO Charter*” se firma el MoU 5, denominado “*MoU de Integración de Agencias*” en un claro ejercicio de economía organizativa, procedimental y de medios, unifica la agencia dedicada a la gestión del avión Tornado (NAMMA) y la NAFMA en una única denominada “*NATO EF2000 And Tornado Development, Production And Logistics Management Agency*” (NETMA). **[Cuadro 3.5]**

²⁴⁹ El citado acuerdo supuso la modificación del MoU 1 (General)

²⁵⁰ Previamente, en España, el Gobierno mediante Acuerdo del Consejo de Ministros del 28 de noviembre de 1987, se había comprometido a financiar el programa autorizando un gasto de 987.899 millones de pesetas distribuido en 13 anualidades.

Cuadro 3.5: DESCRIPCIÓN HISTÓRICA DE LAS AGENCIAS

Fuente: OTAN

Paralelamente al programa de producción, tiene lugar una proliferación de contratos suplementarios al propio de desarrollo principal del sistema de armas, que pretenden mantener actualizado el nivel tecnológico pretendido. Así, se contrata la integración de distintos misiles en el avión, la mejora de la capacidad aire/aire, comunicaciones etc., haciendo del avión un sistema de armas vivo y adaptable a las nuevas mejoras tecnológicas existentes en el mercado. No debemos olvidar que la mayoría de los subsistemas con los que cuenta el EF-2000 se basan en desarrollos de *software* frente los tradicionales de carácter mecánico, por lo que de alguna manera está expuesto a continuas modificaciones y mejoras propias del mundo de la informática.

B) La gestión contractual del programa

Como ya se ha puesto de relieve en epígrafe anterior, el programa EF-2000, se ha desarrollado a través de memoranda de entendimiento entre las distintas naciones,

que a su vez se han desarrollado mediante la generación de contratos concretos entre los dos consorcios industriales (Eurofighter GmbH y Eurojet GmbH) y la agencia NETMA, actuando respectivamente en nombre y representación de las empresas participantes y de las correspondientes naciones.

El diálogo Naciones-Industria se produce a través de la Agencia que, como hemos dicho, representa a las primeras. La dinámica de procesos que se origina en su seno se produce desde una múltiple y recíproca dimensión:

- Las decisiones e instrucciones emanadas por las Naciones participantes se generan desde las correspondientes Oficinas del Programa y se manifiestan en la Organización a través de los órganos creados a tales efectos.
- Por su parte, las decisiones originadas por los correspondientes consorcios industriales plantean una complejidad interna similar.
- Y por fin las decisiones de unos y otros deben ser canalizadas a sus respectivos destinatarios una vez tratadas en el complejo laboratorio de la mediación, esto es, una vez aplicados los correspondientes procesos de estudio, valoración, negociación y recomendación, papel que desempeña NETMA. Esta es la clave de toda la gestión del Programa.

En cuanto a los contratos se refiere, y sin ánimo de ser exhaustivos en su descripción, cabe decir que aparte del contrato de desarrollo y de producción principal se han firmado un total once contratos marco de apoyo logístico, de los que derivan infinidad de contratos específicos.²⁵¹

²⁵¹ Los contratos aludidos son los siguientes : ILS –frame (1998); ILS PC1 Equipos de tierra (1998); ILS-PC2 Definición Equipos de Apoyo (1998); ILS-PC3 Diseño y Desarrollo Equipos de apoyo(1999); ILS PC-4 Repuestos (2000); ILS PC5 Reparables (2001); ILS-P C 6-9 Simulación (2000-2001); ILS -PC10 Equipos de alto valor económico(1999); ILS -PC11 Apoyo en servicio (2004)

Desde el punto de vista puramente contractual, cabe destacar que los contratos aludidos participan de las siguientes características:

- Régimen jurídico aplicable:
 - Su régimen jurídico es el acordado por las partes y subsidiariamente la Ley alemana resulta de aplicación a efectos de cobertura de lagunas e interpretación de su clausulado.
 - Las controversias que surjan en cuanto a su aplicación se refiere, deben ser resueltas de buena fe por las partes y subsidiariamente sometidas a arbitraje.
- Distribución de riesgos y eficacia en los contratos:

Partiendo de la identificación de riesgos realizada con anterioridad, basada en la clasificación de Eurostat publicada en el manual del Sec-95 sobre déficit público y deuda pública, y con objeto de analizar la distribución realizada en los mismos entre el contratista y las Naciones clientes, cabe distinguir por un lado el reparto realizado en el contrato de desarrollo y producción, y por otro los contratos de apoyo logístico. En cuanto a los primeros se refiere, la distribución de riesgos es la siguiente:

i). Para el contrato de desarrollo:

- **El riesgo de construcción y disponibilidad** recae en el cliente. Las obligaciones del contratista se limitan a trabajar durante un tiempo determinado por un precio determinado en aras de conseguir un resultado concreto. De no alcanzarse éste en el plazo y precio acordado, las penalidades a imponer al contratista se limitaron al 75% del elemento de beneficio acordado. Es decir los costes en los que incurriese el contratista siempre estarían cubiertos y tan solo expondría un máximo del 25% del beneficio, cualquiera que fuese el resultado final alcanzado.

- **El riesgo financiero** recae en el cliente. Los precios acordados son del tipo denominado máximo escalable. Es decir se marcó un precio máximo para todo el contrato de desarrollo en condiciones económicas del año de su firma. Este precio se escalará anualmente mediante la aplicación de unas fórmulas acordadas para cada empresa del consorcio. Además se acordó la aplicación del principio de neutralidad de flujos monetarios (*neutral cash flow principle*), mediante el cual la industria contratista no se vería nunca obligada a buscar financiación. Sería una vez más, el cliente quien adelantaría los pagos con independencia del cumplimiento de hitos. De esta forma la industria no tendría que acudir a los bancos a buscar financiación y por tanto, no repercutiría su coste en el precio de sus prestaciones.

ii) Para el contrato de producción:

- **El riesgo de construcción y disponibilidad** recae en el cliente. Es decir, en caso de no alcanzar el grado de especificación contratado, la industria contratista sería responsable tan solo de una parte limitada del incumplimiento, similar a la asumida en el contrato de desarrollo.
- **El riesgo financiero** recae nuevamente en el cliente, de igual manera que en el contrato de desarrollo.
- **El riesgo tecnológico** es asumido por el cliente. Cualquier obsolescencia que afecte a los diferentes subsistemas da lugar a una modificación contractual que financia el cliente.

iii) Para el resto de los contratos (apoyo logístico):

Conviene señalar que cuando aludimos al resto de contratos, nos estamos refiriendo principalmente a los contratos de apoyo logístico, principalmente repuestos y reparables. Sin embargo, también se incluyen aquellos contratos específicos de

integración de armamento, o de nuevas capacidades. Estos últimos participan de las características propias del contrato de desarrollo y por tanto el reparto de riesgos es idéntico.

- **El riesgo de disponibilidad** nuevamente recae en el cliente. En los contratos de repuestos y reparables no existe ninguna penalización por retraso o incluso por no prestar el servicio de que se trate. De hecho los consorcios actúan como meros intermediarios de los subcontratistas.
- **El riesgo financiero es** íntegramente asumido por el cliente, por las razones expuestas con anterioridad.

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta ahora en relación a las características de los contratos, no es difícil imaginar que la eficacia pretendida inicialmente con el desarrollo de este programa, no se haya alcanzado. Este hecho fue reconocido en lo que se conoce internamente como la *iniciativa de Neuburg*,²⁵² que dio lugar a la puesta en marcha de un proceso de transformación en el que el programa sigue inmerso en la actualidad.

Actualmente, todos los principios del Programa Eurofighter están en entredicho, fundamentalmente influidos por las restricciones presupuestarias pero también por el estado de madurez del programa y por la necesidad de implementar mejoras en el sistema de armas más rápidamente. El proceso de transformación se ha concentrado en la implantación de una serie de medidas estructurales que se detallan a continuación:

²⁵² Ciudad alemana donde tuvo lugar una reunión en el año 2001 entre las naciones participantes y la industria para identificar y promover formas de hacer la gestión del programa de una manera más eficiente.

- **Nuevo Sistema de Contratos.** Se produce un cambio radical en el sistema de contratos de Apoyo Logístico hasta ahora utilizado en la Agencia, abandonando la estructura de los actuales 11 “*Procurement Contracts*” (estancos e incomunicados), estableciendo sólo cuatro instrumentos contractuales:
 - Contract 1 (C1): Servicios de Ingeniería y Autoridad de Diseño.
 - Contract 2 (C2): Adquisición de Repuestos.
 - Contract 3 (C3): Gestión de Reparables.
 - Contract 4 (C4): Futuros Desarrollos y Mejoras al Sistema de Armas.

La reducción del número de contratos es real y resulta de aparente sencillez. Sin embargo se trata de un sistema dinámico en el que los contratos se interrelacionan de manera predeterminada y ordenada (procedimentalmente) para posibilitar la enormemente cambiante vida del sistema de armas. Esta nueva estructura contractual ha de estar en vigor en 2012 y debe suponer una reducción del 50% en el coste de operación del Eurofighter. Hasta la fecha ya se han firmado el contrato 4 y el 1. El número 2 está en fase de aprobación. La distribución de riesgos sigue siendo en mayor o menor medida la misma, si bien se han introducido mayores penalidades en el contrato 4 y ha cambiado la forma de contratar, en el sentido de que ya no se paga solamente por actividades de ingeniería ejecutadas en un determinado plazo, sino que el precio final depende en cierta medida del resultado alcanzado.

- **BMR (“Business Model Review”)** – Revisión del Modelo de Negocio). Su objetivo es reducir en un 50% tanto los costes del Programa así como el tiempo necesario para implementar cualquier mejora o nueva capacidad en el Eurofighter. Este ambicioso plan está poniendo en cuestión todos los conceptos actuales del Programa con el fin de llegar a un Modelo más eficiente: la estructura de NETMA, de reuniones, las relaciones con la Industria, las relaciones entre las 4 Naciones, los contratos, las implicaciones de las exportaciones... todo está siendo revisado. Se han creado unos grupos de trabajo mixtos a alto nivel (Naciones - NETMA - Industria) que han determinado

21 posible áreas de mejora. Todo el proceso está siendo supervisado por los DNADs (*"Deputy National Armament Directors"*) y su implementación debe comenzar en 2012.

La realidad expuesta pone de relieve que la complejidad de la gestión del programa, es directamente proporcional a la del propio sistema de armas. Tras más de 25 años de gestión, es claro que los resultados no son los esperados inicialmente. No obstante lo anterior, la implantación del proceso de transformación del programa alberga muchas esperanzas de cara a conseguir una mayor eficacia y eficiencia en los resultados pretendidos.

3.3. LA RECONDUCCIÓN DE LOS PROGRAMAS ESPECIALES

En los párrafos anteriores, hemos destacado la problemática de estos programas y las posibles soluciones propuestas desde el Ministerio de Defensa, para aliviarla. En la actualidad, se siguen barajando la implantación de diversas medidas, que en parte ya habían sido apuntadas de alguna manera en los tres informes de la Secretaría de Estado. En concreto el actual Secretario de Estado de Defensa, en su comparecencia en el Congreso de los Diputados del día 23 de mayo de 2013, expuso de forma sucinta las medidas que ha puesto en marcha el citado departamento ministerial con objeto de afrontar la continuidad de estos programas de una forma sostenible en el tiempo.

En concreto, la comparecencia se realiza con objeto de explicar a los distintos grupos parlamentarios, el plan de renegociación y reprogramación de los compromisos adquiridos sobre los programas especiales de armamento y sus consecuencias en las capacidades militares.²⁵³

²⁵³ Cfr. *Diario de sesiones* del Congreso de los Diputados (comisiones) de fecha 23 de mayo de 2013, exposición del Secretario de Estado de Defensa, Sr. Argüelles Salaverría..

La revisión o reprogramación que se ha implantado en el plano técnico-financiero, plasmada en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de Agosto de 2013, incluye las siguientes medidas:

Programa EF-2000:

1. Acuerdo con la industria de retrasar las entregas de 15 unidades de cazas EF-2000 desde el año 2012 hasta el 2015.
2. Congelación del compromiso de adquisición de las 14 unidades de EF-2000 correspondientes a la *Tranche* 3 B.
3. Incorporación de los costes de mantenimiento a los del programa según criterios establecidos por el Ejército del Aire y el Estado Mayor de la Defensa.

Estas tres medidas suponen un ahorro inicial de los compromisos de pago de 2.786,55 millones de euros en los próximos años.

Programa A-400M:

El programa A-400M tiene un techo estimado de gasto de 5.819 millones de euros. El número de unidades comprometidas por España es de 27. El Estado Mayor de la Defensa ha fijado el nuevo número de unidades necesarias en 14. Esta reducción de necesidades supone la posibilidad de ahorrar aproximadamente unos 800 millones de euros, además de poder obtener determinados ingresos de la venta de las restantes unidades comprometidas. Junto a la reducción de unidades, se ha incluido el coste del apoyo logístico del sistema de armas que antes no se contemplaba.

Programa Tigre:

Los compromisos dentro de este programa ascendían a la cifra de 24 unidades. Entre las medidas adoptadas destaca la renuncia a la programada modernización a la versión HAP, la más avanzada del helicóptero, de 6 de las 24 unidades, quedarán disponibles para la exportación. También se baraja la negociación de determinados aplazamientos y retrasos en las entregas de las unidades contratadas con objeto de

afrontar los pagos de manera más escalonada. El techo de gasto de este programa se mantiene estable bajando ligeramente en 33 millones de euros, sin contar con los posibles ingresos que se generarían por la potencial exportación de las mencionadas 6 unidades actualizadas a la versión HAP.

Programa helicóptero NH90:

Respecto al helicóptero de transporte táctico NH90, el compromiso inicial incluía 45 unidades. Su coste a fecha diciembre de 2011 ascendía a 1.260 millones de euros. Este programa no incluía ni equipos de misión ni apoyo logístico necesario. La propuesta de reconducción se basa en la reducción del número de unidades a 22 junto con la utilización de los fondos sobrantes como consecuencia de la misma, en la contratación del apoyo logístico completo incluido el sostenimiento una vez entrado en servicio. Habrá menos unidades pero mejor dotadas técnicamente y apoyadas adecuadamente. En cuanto al coste se refiere, éste sufrirá una modificación al alza de 190 millones de euros, pero garantizando la entrada en servicio y plena operatividad del sistema de armas desde el primer día.

Programa Pizarro:

La actual fase de este programa tenía en diciembre de 20011 un coste estimado de 950 millones de euros. La reconducción de este programa se centra en la reducción en el número de unidades contratadas, pasando de 190 a 117. Asimismo, se incorporan los costes de apoyo logístico integrado para los próximos 5 años. Además se actualiza la configuración de sus equipos en las 117 unidades, incluyendo capacidad como vehículo de zapadores, no contemplada con anterioridad. En cuanto a la situación financiera se refiere, el techo de gasto se reduce en 163 millones de euros quedando por tanto en 787, frente a los 950 iniciales.

Submarino S-80:

Llamado a sustituir a los submarinos de la serie S-70 de nuestra Armada, que cuentan ya con más de treinta años de servicio, el programa de construcción del S-80 ha encontrado ciertas dificultades técnicas, que desafortunadamente ocasionarán un retraso en su entrada en servicio. En la actualidad, se están estudiando las posibles soluciones a los problemas encontrados por la propia NAVANTIA, empresa encargada de su desarrollo y construcción. Por el momento el programa se mantendrá con su actual techo de gasto, y una vez estudiadas las distintas alternativas para la solución de estas incidencias técnicas, se actuará en consecuencia.

En definitiva, desde el punto de vista financiero,²⁵⁴ la horquilla de techo de gasto de todos los programas especiales que en el 2011 se encontraba entre 31.600 y 36.875 millones de euros, se ve rebajada con las medidas explicadas en 7.000 millones, quedando la cuantía total de los programas especiales en 29.500 millones de euros. Con la nueva reprogramación, los compromisos de pago de los próximos años bajarán sustancialmente, de 1.594, 1.628 y 1.919 originalmente previstos para 2013, 2014 y 2015, respectivamente a una cifra que se estima entre los 800 y los 1.200 millones anuales. Esto supone entre un 42% y un 53% de reducción de necesidades financieras y por ende el impacto de los programas especiales en el déficit público. Se trata de una reducción de 4.892 millones de euros.

²⁵⁴ Ver Cuadro 3.6.

Cuadro 3.6: RECONDUCCIÓN DE LOS PROGRAMAS ESPECIALES

Año		TOTAL		
		MINDEF	MINETUR	Devolución
1997		0.00	236,053,514.12	0.00
1998		0.00	574,483,430.09	0.00
1999		0.00	694,385,344.92	0.00
2000		0.00	684,816,955.27	0.00
2001		0.00	973,939,575.74	0.00
2002		202,554,772.43	1,146,044,424.62	0.00
2003		353,489,612.00	1,024,754,653.58	0.00
2004		578,217,989.01	1,031,525,368.66	0.00
2005		563,454,821.18	989,138,615.41	27,150,000.00
2006		437,728,587.36	1,349,293,458.02	27,150,000.00
2007		559,451,550.78	1,264,656,390.00	27,150,000.00
2008		591,846,084.06	1,366,678,606.35	14,411,350.00
2009		553,397,852.18	1,157,523,953.75	4,976,729.29
2010		249,486,419.59	767,794,343.95	0.00
2011		201,308,173.89	234,180,283.33	0.00
2012		1,787,419,921.21	507,777,351.67	0.00
		6,078,355,783.69	14,003,046,269.48	100,838,079.29
			110,342,677.21	
			14,113,388,946.69	
2013		918,827,380.80	172,431,231.20	33,293,300.43
2014		919,460,769.30	343,600,000.00	0.00
2015		991,724,491.71	324,700,000.00	235,573,039.64
2016		1,142,530,804.83	195,400,000.00	326,874,073.64
2017		1,299,386,672.69	135,300,000.00	433,126,921.20
2018		1,590,361,887.75	76,137,432.63	710,760,216.20
2019		1,727,319,773.91	0.00	917,788,319.76
2020		1,870,337,435.18	0.00	1,108,473,622.81
2021		1,786,586,878.42	0.00	1,226,809,205.48
2022		1,742,016,489.45	0.00	1,304,323,847.53
2023		1,372,932,930.86	0.00	1,372,932,930.86
2024		1,387,287,725.00	0.00	1,387,287,725.00
2025		1,377,041,376.33	0.00	1,377,041,376.33
2026		1,207,708,615.43	0.00	1,327,854,618.41
2027		1,174,466,800.00	0.00	1,174,466,800.00
2028		1,238,695,479.04	0.00	1,238,695,479.04
2029		724,180,244.14	0.00	724,180,244.14
2030		360,637,452.92	0.00	360,637,452.92
		22,831,503,207.76	1,247,568,663.83	15,260,119,173.39
		28,909,858,991.45	15,250,614,933.31	15,360,957,252.68

Fuente: Dirección General de Asuntos Económicos del MINISDEF.

Para atender las nuevas cantidades, resultantes de la reprogramación, se han aprobado créditos extraordinarios en el año 2012, 2013 y 2014.²⁵⁵

La reconducción de los programas, en línea con los informes aludidos anteriormente, no se limita a reducir y modificar el alcance y composición de los programas, sino que abarca una tercera medida, la revisión del sistema de gestión de los propios programas. Esta medida, que expondremos a continuación, refuerza el fundamento de nuestra tesis, pues de una manera clara supone que el sistema es revisado en profundidad y se pretende una centralización de la gestión dentro del órgano adecuado, la DGAM. Además consideramos que la idea que preside esta reforma, constituye la base o embrión de una agencia de adquisiciones en el ámbito del MINISDEF, hacia donde necesariamente evolucionará la estructura orgánica encargada de la mencionada gestión de las adquisiciones en el citado departamento ministerial.

La decisión relacionada con esta reforma se enmarca dentro de la política del actual Gobierno de racionalización de la estructura de la Administración Pública. Desde el punto de vista sectorial, ya la Ley de Defensa Nacional de 2005 apuntaba la necesidad de centralizar la adquisición de los recursos en el ámbito del Ministerio de Defensa.

²⁵⁵ Ver RD-Ley 26/2012, de 7 de septiembre, por el que se concede un crédito extraordinario en el presupuesto del Ministerio de Defensa para atender al pago de las obligaciones correspondientes a los programas especiales de armamento por entregas ya realizadas

Ver RD-Ley 10/2013, de 26 de julio, por el que se conceden créditos extraordinarios en los presupuestos de los Ministerios de Industria, Energía y Turismo y de Defensa y suplementos de crédito para atender obligaciones del Servicio Público de Empleo Estatal.

Ver RD-Ley 10/2014 de 1 de agosto, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Defensa y de Agricultura, alimentación y Medioambiente.

La realidad que se está viviendo en el ámbito del Ministerio de Defensa está ya corroborando en gran medida nuestra tesis. Se han dado pasos importantes que pueden en un periodo de tiempo más o menos corto, desembocar en la creación de la Agencia de Adquisiciones de Defensa defendida. De hecho podemos considerar que las medidas que a continuación se describen, constituyen el embrión de la misma.

Así, se pueden destacar las siguientes medidas implantadas, tanto a nivel organizativo, como de gestión y operatividad:

a) Nivel organizativo

En el plano organizativo, se ha modificado el Real decreto 454/2012 de 5 de junio por el que se desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de Defensa, mediante la publicación del Real Decreto 524/14 de 20 de junio. Las novedades más relevantes que introduce este último Real Decreto, a efectos de nuestro estudio, se centran en la creación de una nueva Subdirección General de Adquisiciones de Armamento y Material dependiente de la Dirección General de Armamento y Material. Las funciones asignadas a esta nueva Subdirección General, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4.3 del Real Decreto 454/2012, son *“Realizar la administración y gestión económica y contractual de los programas de investigación y desarrollo, así como de programas de obtención, de modernización y de sostenimiento común, no incluidos en la contratación centralizada, de sistemas de armas y equipos de defensa así como la gestión, negociación y administración de los contratos que pudieran derivarse del apoyo a la internacionalización de la industria española de defensa y la exportación asociada de material de defensa.”*²⁵⁶

²⁵⁶ Ver RD 454/2012 de 5 de junio (BOE núm 56 de 6 de marzo) modificado por el RD 524/2014 de 20 de junio.

La creación de esta Subdirección resulta de vital importancia, pues implica en primer lugar la necesidad de que los Ejércitos y la Armada acometan una reestructuración en el sentido de reducir su organización, al haber perdido ciertas competencias cuyo ejercicio se centraliza en el Ministerio de Defensa. En segundo lugar, supone la creación administrativa de un organismo con capacidad para alojar todos los programas que en la actualidad se estaban gestionando de forma independiente y dispersa.

b) Nivel de gestión

A nivel puramente de gestión, la centralización de los programas en la Dirección General de Armamento y Material ha comenzado. Por Resolución 320/03967/2014 de 20 de marzo, del Secretario de Estado, se acuerda centralizar determinados Programas de Armamento y Material y sus oficinas de programa en la Secretaría de Estado de Defensa, cuya gestión y contratación se trasladarán a la Dirección General de Armamento y Material de la Secretaría de Estado. Se ha transferido ya, el primer bloque de programas identificados en el Anexo a la citada Resolución, que establece un calendario de transferencias que finalizará el uno de noviembre de 2014. En la práctica, se han transferido todos los programas especiales existentes, más aquellos considerados complejos que se estaban gestionando en el ámbito de los Ejércitos, pero que no tienen la consideración de programas especiales.²⁵⁷

c) Nivel operativo

A este nivel se han tomado distintas medidas, todas ellas conducentes a posibilitar la gestión centralizada de los programas, como son la publicación de instrucciones que regulan el proceso de planeamiento de recurso materiales y financieros en el ámbito del Ministerio de Defensa y el proceso de obtención

²⁵⁷ Ver Resolución 320/03967/2014 de 20 de marzo, del Secretario de Estado, por la que se acuerda centralizar determinados Programas de Armamento y Material y sus oficinas de programa en la Secretaría de Estado de Defensa, cuya gestión y contratación se trasladarán a la Dirección General de Armamento y Material de la Secretaría de Estado.(BOD núm 60 de 27 de marzo)

de recursos materiales llevadas a cabo en el año 2014. Sin embargo a efectos de nuestro estudio resulta especialmente relevante la Instrucción 5/2008, de 15 de enero, de la Secretaría de Estado de Defensa, por la que se regula el sostenimiento de armamento y material²⁵⁸.

En su exposición de motivos la citada norma deja claro que se está produciendo una pérdida de capacidad productiva de las Maestranzas y Centros Logísticos, por la dificultad de reposición de bajas en sus plantillas y por la inadecuada especialización sobre los nuevos sistemas tecnológicamente cada vez más complejos.

Así mismo destaca que las limitaciones de la legislación contractual en vigor, unidas al fraccionamiento de la contratación, dificulta la obtención de sinergias y economías de escala que podrían llegar a alcanzarse. A su vez, considera que la existencia de tres estructuras de sostenimiento compartimentadas (correspondientes a cada uno de los ejércitos), y con diversidad de procedimientos, plantea un potencial de mejora que se hace más evidente en el caso de sistemas de armas comunes a varios ejércitos.

Por todo lo anterior, establece en su articulado una serie de principios entre los que cabe destacar, en primer lugar, la racionalización en la gestión de los repuestos y materiales para el mantenimiento de los sistemas de armas a través de una gestión conjunta (apartado 4º b)). En segundo lugar, apunta la necesidad de buscar fórmulas innovadoras que permitan obtener un mejor aprovechamiento de las capacidades de instalación y equipamiento de las Maestranzas y Centros Logísticos, evitando su infrautilización y depreciación mediante dos vías: La primera a través de la creación de centros de excelencia, potenciando aquellas actividades que se realizan de forma eficiente y concentrando en ellos toda la carga de trabajo de los ejércitos asociada a este

²⁵⁸ Ver Instrucción 5/2008, de 15 de enero, de la Secretaría de Estado de Defensa, por la que se regula el sostenimiento de armamento y material (BOD núm 14 de 21 de enero de 2008).

tipo de actividad. Y la segunda, a través del uso compartido con la industria, mediante modelos de cooperación industrial tanto para uso propio de ésta como para en apoyo de las necesidades de los ejércitos (apartado 4º d)).

Es precisamente en este punto donde la utilización de fórmulas de colaboración público-privada encajaría plenamente como ya se ha propuesto a lo largo de esta tesis. Además considera que la política de contratación asociada al sostenimiento debe basarse, siempre que ello sea posible, en contratos por prestaciones o disponibilidad, evitando esquemas de pago por costes incurridos, a fin de primar la eficacia en el desempeño de los trabajos, y procurando mantener la capacidad de acudir a fuentes alternativas siempre que sea necesario (apartado 4º e)). Una vez más esta necesidad ha sido planteada por nosotros como un área de experimentación de la colaboración público-privada.

Por último cabe destacar el contenido del apartado 4º h) de la citada Instrucción, en el que se establece la intención del Ministerio de Defensa de presentarse ante la industria como cliente único, lo que conlleva sinergias, economías de escala y en definitiva una coordinación y gestión única de la contratación del sostenimiento.

Además de lo expuesto, referido al Ministerio de Defensa, el resto de las Administraciones, participan en alguna medida de los mismos problemas. Así se ha puesto de manifiesto en el informe CORA (Comisión para la Reforma de la Administraciones Públicas). El citado informe propone el liderazgo del Ejército del Aire y de la Armada en la gestión y operación única tanto de los medios aéreos como de los buques científicos y naves de vigilancia marítima del Estado.²⁵⁹ Así, se pone de manifiesto que existe una proliferación y duplicidad de medios aéreos y marítimos

²⁵⁹ Informe CORA (Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas). Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Madrid 2013. pp 204 y ss

entre las distintas instituciones y organismos que componen las Administraciones Públicas. Este hecho genera unos costes de explotación significativos. Por tanto, el informe propone que, dada la experiencia y capacidad que tanto en la explotación como en el sostenimiento tiene el Ejército del Aire para el supuesto de las aeronaves, los medios aéreos tuvieran como operadores a los miembros del Ejército del Aire. A su vez, el mantenimiento de las distintas flotas se debe proponer realizarlo a través de la Armada. Como ejemplo de eficiencia, el informe pone de relieve los ahorros conseguidos con el convenio entre el Ministerio de Agricultura y Medioambiente y el Ejército del Aire relativo a los aviones apagafuegos.

Los cambios acontecidos en el seno del Ministerio de Defensa, tanto desde el punto de vista, organizativo, como operativo y de gestión, tienen por objeto implantar un sistema eficaz de contratación del Armamento y Material así como de sostenimiento, a imagen y semejanza de algunos países de nuestro entorno aliado. Estos cambios iniciales responden a la necesidad de paliar los problemas de ineficiencia en la gestión que se venían produciendo hasta la actualidad, detectados y expuestos en sede parlamentaria por los dos últimos Secretarios de Estado de Defensa. Más concretamente nos estamos refiriendo a los siguientes:

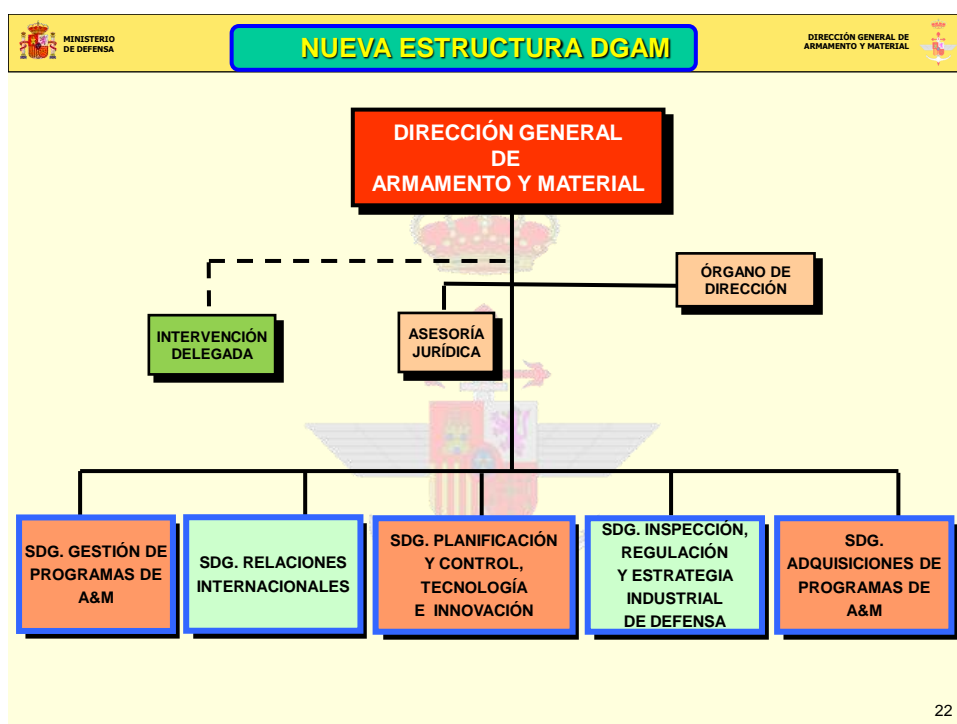
- Incoherencia entre la responsabilidad de la adquisición, que recae en el Secretario de Estado de Defensa, y la competencia real que todavía en algunos programas no transferidos recae en los ejércitos.
- Pluralidad de interlocutores frente a la industria.
- Inexistencia de diferenciación entre el cliente y gestor de la adquisición.
- Distancia y falta de control entre las oficinas de programa y la Secretaría de Estado de Defensa.
- Falta de especialización del personal involucrado en la gestión de las adquisiciones.

La consecución de la eficacia pasa indudablemente por separar el dominio de la necesidad, que hoy reside en los ejércitos, del dominio de la solución, que está ya

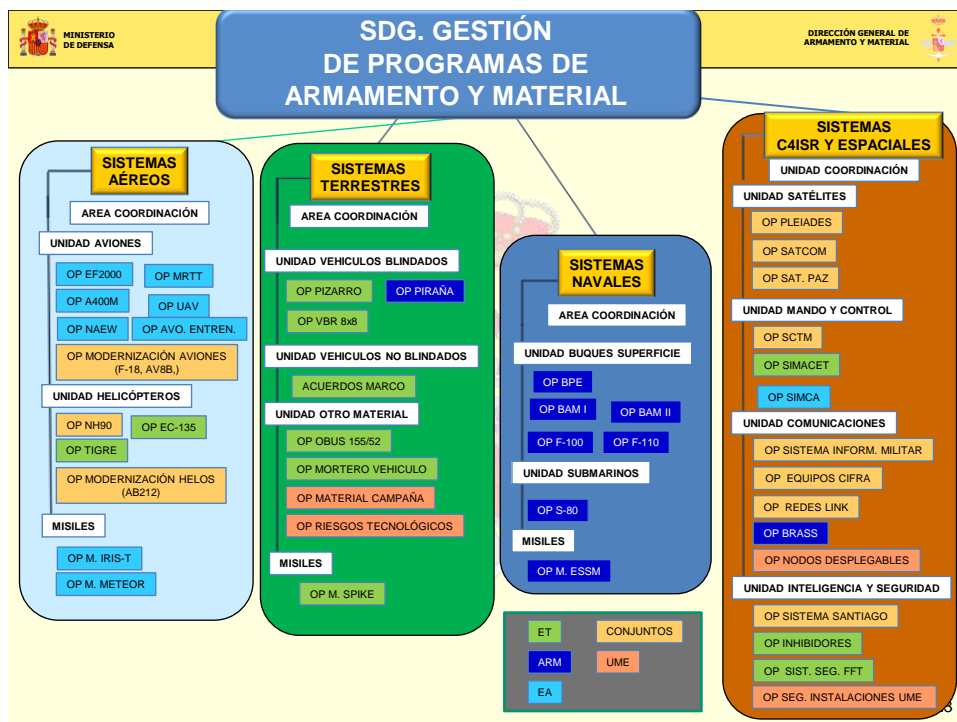
localizada en la Dirección General de Armamento y Material dependiente de la Secretaría de Estado de Defensa, a lo largo del proceso de obtención, y ambos del dominio de la producción, es decir de la industria.

Las medidas adoptadas hasta ahora resultan plenamente compatibles con la creación de la agencia que defendemos en la presente tesis, y que se presentará más adelante. La nueva estructura organizativa se recoge en los siguientes cuadros

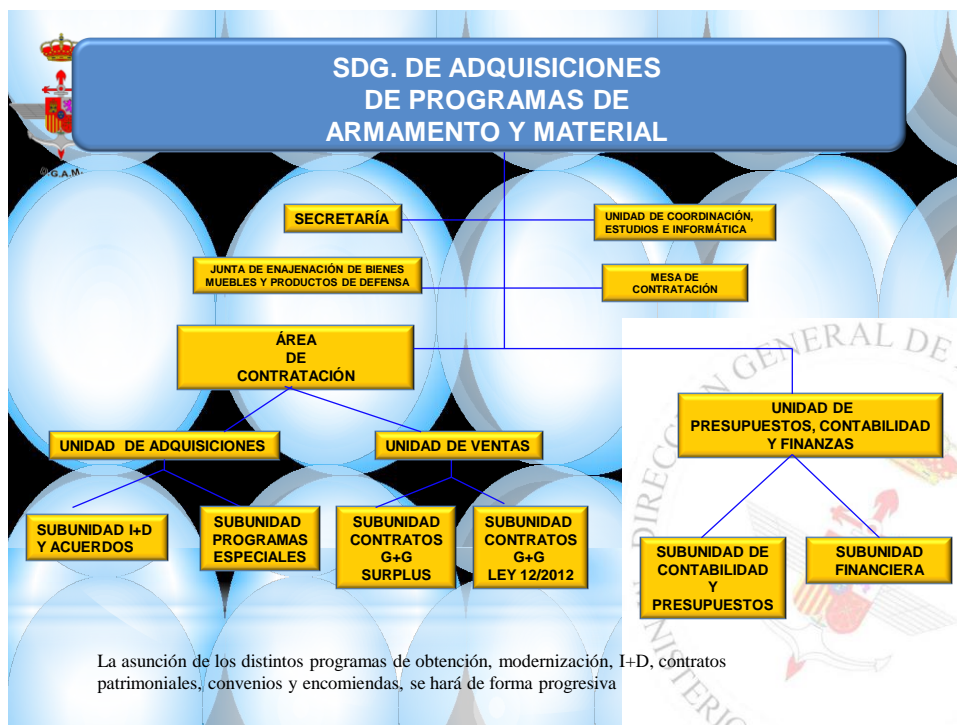
Cuadro 3.7: NUEVA ESTRUCTURA D.G. ARMAMENTO Y MATERIAL



Fuente: Ministerio de Defensa

Cuadro 3.8. NUEVA ESTRUCTURA D.G. ARMAMENTO Y MATERIAL (2)

Fuente: Ministerio de Defensa

Cuadro 3.9. NUEVA ESTRUCTURA D.G. ARMAMENTO Y MATERIAL (3)

Fuente: Ministerio de Defensa

Se pretende, así, lograr un mayor control y seguimiento económico de los programas, una mayor coordinación de la gestión de los programas con la política de I+D y la política industrial, y además se facilitará a la industria del sector una ventanilla única en el Ministerio.

En definitiva, esta ambiciosa reforma permitirá una gestión integral y conjunta de los programas que redundará en el aprovechamiento de las sinergias que surgen entre ellos. Desde nuestro punto de vista, constituye un avance significativo hacia una gestión racional, cuyo exponente vendrá de la mano de la creación de una agencia de adquisiciones en el ámbito del MINISDEF, como más tarde estudiaremos.

Capítulo IV: LA APLICACIÓN DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA A LOS PROGRAMAS DE ARMAMENTO DEL MINISTERIO DE DEFENSA

4.1. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA APLICACIÓN DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA AL ÁMBITO DE LOS PROGRAMAS COOPERATIVOS DE OBTENCIÓN DE ARMAMENTO

4.1.1. Los programas internacionales de obtención de armamento: delimitación conceptual y régimen jurídico

Como ya se ha definido en los epígrafes anteriores, los programas especiales de obtención de sistemas de armas son por norma general de carácter internacional.

La conclusión, regulación y funcionamiento se rige por normas de carácter internacional y por tanto al margen de la Ley de Contratos del sector Público en virtud de lo establecido en su artículo 4 apartado d) según el cual quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley *“los convenios incluidos en el ámbito del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que se concluyan en el sector de la defensa”*. Del mismo modo quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y seguridad, en virtud de lo dispuesto en su artículo 7.1 a) apartado primero y en su artículo 7.1 letra b).²⁶⁰

La pregunta que nos planteamos ahora es dilucidar cuándo estamos en presencia de convenios incluidos en el ámbito del artículo 296 del Tratado Constitutivo

²⁶⁰ Ver Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y seguridad (BOD nº 184)

de la Unión Europea (actual 346). Para su contestación seguiremos la exposición realizada por Torres Viqueira, que reproducimos a continuación, si bien se debe tener en cuenta que las alusiones que hace el autor a la Ley, se refieren al anterior Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pero que no difiere en cuanto a su tratamiento, a lo dado por la actual LCSP.

Así, el mencionado artículo 296 (actual 346), antiguo artículo 223.1, establece:

“1. Las disposiciones del presente Tratado no obstarán a las siguientes:

- a) Ningún Estado miembro estará obligado a facilitar información cuya divulgación sea contraria a los intereses esenciales de su seguridad;*
 - b) Todo Estado miembro podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones o material de guerra; estas medidas no podrán alterar las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares.*
- 2. El Consejo por unanimidad y a propuesta de la Comisión, podrá introducir modificaciones en la lista que estableció el 15 de abril de 1958, de los productos sujetos a las disposiciones de la letra b) del apartado 1.”*

El mencionado precepto fue desarrollado por la Directiva 77/62/CEE sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro. En opinión de Martín Urrea Salazar a propósito de esta exclusión ya introducida por la Ley 13/95, “.....nuestro texto legal excluye de su ámbito de aplicación a los convenios que sean consecuencia de la aplicación del artículo 223.1b) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, la LCSP no se refiere pues a los contratos incluidos en este sector, expresamente excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas Comunitarias, sino a los convenios.”²⁶¹

²⁶¹ URREA SALAZAR, (1999), pp. 120-121

Considerando, por tanto, que el Ministerio de Defensa podrá utilizar discrecionalmente tanto la institución contractual como la los mencionados convenios para la adquisición del material amparado por el artículo 223.1.b), actual 296.

Es decir, en principio se puede afirmar que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley, los convenios de todo tipo que integren la producción y comercio de armas, municiones y material de guerra, con fines estrictamente militares y más concretamente aquellos que se refieran a la relación de material de guerra y similares incluida en la Resolución del Consejo de Comunidades Europeas de 15 de abril de 1958 y Directiva del consejo 93/36/CEE de 14 de junio de 1993.

Esta exclusión, en opinión de Torres Viqueira²⁶² o es una auténtica obviedad, o supone una aportación sustancial en el ámbito de la contratación militar. Si sólo se refiere a los convenios de colaboración para la producción y el comercio de armas, municiones y material de guerra, se convierte en una reiteración del párrafo anterior, pues allí se comprenden, como excepción a la aplicación de la Ley, todos los supuestos de convenios de colaboración, cuando sea la colaboración el verdadero objeto del convenio; y en consecuencia están incluidos los de carácter militar.

Si bajo el término “convenios” se comprende toda suerte de pactos, acuerdos y conciertos que versen sobre la producción y comercio de armas, municiones y material de guerra, y no sólo los de colaboración, estaríamos ante una exclusión sustancial que abarcaría a cualquier tipo de negocio jurídico bilateral, incluido naturalmente el contrato.

Al respecto, una vez más, existen consideraciones a favor y en contra de esta última posición.

²⁶² TORRES (2001) pp. 442-443.

Así, por un lado, se debe considerar que la exclusión tiene su origen en la habilitación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en la que no se hace alusión alguna a los posibles negocios jurídicos que “la producción y comercio de armas, municiones y material de guerra” pudieran generar.

En este sentido, la exclusión comunitaria es genérica, y vale por tanto para convenios y contratos. Cabría la interpretación de que la medida interna adoptada por la Ley española distingue los supuestos convenios-excluidos de la Ley- y de contratos-no excluidos-; pero esta posición supone una discriminación no justificada. En efecto, si la razón de la exclusión radica, como bien expresa el Tratado, en “la protección de los intereses esenciales de su seguridad”, no se comprende que tales intereses resulten protegidos en los convenios y no así en los contratos. A mayor abundamiento, téngase en cuenta que los negocios jurídicos de “producción y comercio” hacen referencia, en nuestro ordenamiento jurídico contractual, a figuras típicas y nominadas de contratos (suministros de fabricación o de adquisición; servicios de mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes), que difícilmente pueden ser encajados en el modelo de convenios.

Por otro lado, las normas que integran el Derecho contractual comunitario, concretamente las Directivas 93/36 y 92/50 recogen la exclusión del artículo 296 (actual 346 y antiguo 223) del Tratado, referida a los contratos de suministros y servicios. La obligada trasposición de su contenido al Derecho interno abogan por la inclusión del término de “contrato” en el genérico de “convenio”, o por lo menos, constituyen una referencia obligada para interpretar que los contratos de suministro, asistencia y de servicios, cuyo objeto verse sobre “armas, municiones o material de guerra”, identificados en la lista que aprobó el Consejo, están excluidos del régimen ordinario de la contratación pública.

Para García de Enterría²⁶³ *“en la misma letra d) y de una forma un poco asistemática, se ha incluido una tipo de contrato excluido que nada tiene que ver con los convenios de colaboración”*: **los contratos y convenios (típicos) que sean consecuencia del artículo 223.1b) del Tratado de la CEE**. Parece que hay que concluir que a este específico sector de la industria y el comercio de material bélico la Ley no es aplicable en ninguna de sus disposiciones, sin duda por razones de seguridad de la Defensa.”

Por su parte Asís Roig²⁶⁴ considera que el ámbito cubierto por la excepción del artículo 4.1 e), si bien referida a la Ley de 1995, de la Ley no sólo afecta a la contratación militar exterior, sino también a la celebrada o ejecutada en territorio nacional. No obstante, dicha excepción al proyectarse sobre la totalidad del comercio con fines militares, es evidente que cubre los contratos de suministros, instalaciones, servicios y asistencia técnica relativos al armamento.

Como consideraciones en contra el propio Torres Viqueira²⁶⁵ apunta lo siguiente: *“la exclusión formulada respecto de los ‘convenios que sean consecuencia del artículo 296 del Tratado de la Comunidad Europea’, no parece, a la luz de la Ley, una excepción general y absoluta que comprenda a todo tipo de contrato administrativo”*. Para apoyar esta postura, el citado autor resalta las diferentes alusiones que contiene el texto legal a los contratos que sean consecuencia del contenido del artículo 296, como el artículo 182 f) de la Ley 2/2000 de contratos de las Administraciones Públicas, actualmente recogido en los artículos 267 y 277, entre otros. Esto es, si la LCSP excluyera de su ámbito de aplicación tanto a los convenios como a los contratos, carecería de sentido que posteriormente entrase a regularlos.

²⁶³GARCÍA DE ENTERRÍA – FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1993), *Tomo I*, Citado por TORRES (2001), pp. 443-444.

²⁶⁴TORRES (2001), pp. 444.

²⁶⁵Ibidem, pp. 444.

Por su parte, Miranda González²⁶⁶ considera en cierta medida coincidiendo con Torres Viqueira, que al contrario de la fiel adaptación que nuestra Ley va haciendo de las Directivas comunitarias, en los contratos a los que se refiere el artículo 223.1.b) (actual 296) del Tratado de Roma, se ha apartado de la disposición comunitaria, adoptando una posición ecléctica, ya que si bien no ha aceptado la exclusión total de la Ley de Contratos, tampoco los incluye en su totalidad y acude para ello a la figura de los convenios que se autorizan a llevar a cabo al margen de la misma. La consecuencia, continúa el autor, no es otra que la de que el Ministerio de Defensa está autorizado para celebrar contratos relativos al material comprendido en el artículo 296, y al mismo tiempo, evidentemente llevar a cabo un convenio, al margen de la Ley de Contratos, como por ejemplo con Santa Bárbara, Izar etc., lo que *“viene a legalizar situaciones que hasta ahora estaban más o menos al margen de la ley”*.

Como se puede apreciar, la cuestión no es pacífica. Sin embargo, parece acertado pensar que la intención del legislador va dirigida a someter al ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones a los contratos que sean consecuencia del artículo 296 (actual 346) del Tratado de Roma, dejando al margen de la misma a los convenios. Esta afirmación está plenamente justificada a tenor de lo dispuesto en el artículo 175.2 (actual 267 de la LCSP), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RD 2/2000, que establece que se registrarán por esta Ley “los contratos de suministro que sean consecuencia de la aplicación de las disposiciones del artículo 296 TCE, que celebre el Ministerio de Defensa con empresas extranjeras, sin perjuicio de lo que se convenga entre las partes de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional”.²⁶⁷ En el mismo sentido se redacta para el

²⁶⁶ MIRANDA GONZÁLEZ, (1995) *“La Contratación de las Administraciones Públicas”*. 1995 Madrid: Tecnos pp 232-233.

²⁶⁷ El texto del artículo art. 175 modificación introducida por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, establece que *“Los contratos que se celebren con empresas extranjeras de estados no pertenecientes Comunidad Europea cuando su objeto se fabrique o proceda de fuera del territorio nacional y los de suministro que sean consecuencia de la aplicación de las disposiciones del artículo 296 del Tratado de Roma que celebre la Administración Militar con empresas extranjeras, se registrarán por la presente Ley, sin*

supuesto de contratos de servicios, el artículo 210i) de la misma Ley, reproducido el mismo contenido en el artículo 277 de la LCSP. Por su parte, la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, parece seguir la línea apuntada, pero introduce una exclusión más, incluyendo a determinados contratos²⁶⁸. Así su artículo 7.1 letra b) establece que quedan excluidos de la aplicación de la Ley “ *Aquellos contratos que de regirse por la presente Ley, resultaría necesario revelar información contraria a los intereses esenciales de la Seguridad, o bien conforme al artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, pudieran resultar perjudicados los intereses esenciales de la Defensa o de la Seguridad Nacional.*” En puridad y atendiendo a lo establecido en la Directiva 2009/81 del Parlamento Europeo y del Consejo, aprobada el 13 de julio de 2009, sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios, por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y seguridad²⁶⁹, lo que se pretende evitar es un uso indiscriminado del amparo que otorga el artículo 346, limitando en la medida de lo posible, la aplicación de la exclusión, ya que se trata de una excepción a los principios de competitividad y transparencia.²⁷⁰

perjuicio de lo que se convenga por las partes de acuerdo con las normas y usos vigentes del comercio internacional”.

²⁶⁸ Ver Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y seguridad (BOD nº 184)

²⁶⁹ Ver Directiva 2009/81 del Parlamento Europeo y del Consejo, aprobada el 13 de julio de 2009, sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios, por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y seguridad (DUE de 20.08.2009)

²⁷⁰ La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. COM (2013) 542 final de 24.7.13 “Hacia un sector de defensa y seguridad más competitivo y eficiente”, pone de relieve que los programas cooperativos están excluidos de la aplicación de la Directiva 200/81, lo que es beneficioso para fomentar la consolidación y competitividad de los mercados. Sin embargo, advierte que otras exclusiones como las ventas entre Administraciones y los contratos que se rijan por normas internacionales, podrían interpretarse de modo contrario a la aplicación de la Directiva. Por tanto, la Comisión velará por que estas exclusiones se interpreten rigurosamente y para que no se utilicen indebidamente con el fin de eludir la aplicación de la Directiva.

La determinación de si estamos ante convenios o contratos en las restantes plantea no pocos problemas con idénticas consecuencias que los anteriores.

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta ahora podemos concluir que los programas de obtención de armamento se sitúan al margen de la regulación contenida en la Ley de Contratos del Sector Público siempre y cuando consideremos que el vehículo contractual utilizado sea un convenio. La distinción entre convenio y contrato no es nítida a saber;

Aparentemente, la LCSP trata a los contratos como un negocio jurídico distinto del convenio. Con lo cual, la primera tarea que debemos abordar será la de examinar las posibles diferencias entre ambas figuras con objeto de poder encuadrar los contratos ahora objeto de estudio en alguna de ellas y así determinar si a la vista de lo establecido por la Ley están o no excluidos de su ámbito de aplicación.

Como señala Bassols Coma²⁷¹ la distinción entre convenios y contratos surge en el ámbito de los Derechos francés y belga, como fenómeno ligado a la evolución de los denominados contratos de Derecho Público, que en el tránsito de un Estado abstencionista a otro intervencionista, amplían el campo original de los contratos administrativos, dirigidos a la satisfacción inmediata de las necesidades, fundamentalmente de aprovisionamiento, de la Administración, al nuevo ámbito de actuación del sector público, la gestión económica y la regulación de los mercados. Convenios y contratos –en sentido estricto- son modos o variante de un mismo *genus*, el de los negocios jurídicos bilaterales. En efecto, es nota común a convenios y contratos el ser consecuencia de una manifestación de voluntad, reguladora de situaciones jurídicas implicadas (libertad de pactos); la característica distintiva, por el contrario, radica en que frente al modelo clásico de los contratos en que se da un

²⁷¹ BASSOLS COMA, (1977) “ Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público”, en Revista de Administración Pública, núm 82, Ene- Abr. 1977 pags 78 y ss

antagonismo patrimonial en las prestaciones de las partes, los convenios responden a la idea de **colaboración** en la consecución de un fin común.

El punto clave estaría- continúa el autor- *“en el significado de las declaraciones de voluntad implícitas en los convenios que al responder a la nueva realidad de la colaboración, carecen en su objeto del significado obligacional y patrimonial característico del contrato clásico (la cursiva es nuestra).*

Esta distinción se plasma, en fin, en la propia denominación de una y otra figuras, para las que se resucita la diferenciación de Derecho Romano entre convenio, mero acuerdo que no genera acción ni produce vínculo obligatorio, y contrato, donde aquel contenido se encuentra presente.²⁷²

En cualquier caso, como afirma el citado autor, el interés público del fin común que determina la idea de colaboración y la presencia de uno o varios entes jurídico-públicos como partes en el negocio da lugar a que los convenios, al igual que los contratos administrativos, se encuentren englobados en la categoría amplia de los contratos de Derecho Público, hallándose sometidos en su regulación al Derecho Administrativo.

Partiendo de estas características esenciales de la naturaleza de los convenios, es posible establecer un cuadro de similitudes y diferencias entre los contratos y más concretamente los administrativos, y los convenios:

- Como similitud esencial, la existencia de una concurrencia negocial de voluntades ajena a la imposición propia de los actos administrativos.
- También comparte con los contratos administrativos el dirigirse a la satisfacción común de una necesidad pública.

²⁷² PANIZO GARCÍA, (1996). *“Régimen Jurídico de los Convenios de Colaboración”*. Obra conjunta .Madrid : Civitas pp. 926-927

- En cuanto al objeto, frente al intercambio de prestaciones patrimoniales, servicios o cosas por precio, característico de los contratos, incluido los administrativos, en los convenios de acuerdo con el fin de cooperación que les es propio, se contrapone una obligación de comportamiento, actividad o conducta, no a un precio cierto, sino a una compensación o concurso financiero público, que puede materializarse en la aplicación de exenciones o bonificaciones tributarias.
- Mientras el contrato administrativo es una fórmula de reclutar colaboradores o cooperadores para una actividad administrativa de modo que el contratista gestiona o participa en el cumplimiento de los intereses propios de la Administración, el convenio es una forma de realización de una función pública que, a diferencia del contrato, ora es común y compartida por ambos contratantes públicos, desde la respectiva esfera de sus competencias (convenios de colaboración del apartado 1 c) del art. 4 de la LCSP), ora se cumple mediante la realización de una actividad propia del particular conviniente, en cuyo cumplimiento concurre una razón de interés público (convenio de colaboración del apartado 1 d) del mismo artículo de la Ley)²⁷³.

En opinión de Panizo García,²⁷⁴ se pueden definir los convenios como “aquellos negocios jurídicos bilaterales, celebrados por un ente jurídico público con otros entes jurídico-públicos o con personas físicas o jurídicas, sometidas a derecho privado, regulados por el derecho administrativo, que en virtud de la presencia de predominante de la idea de colaboración en la consecución de un fin común de interés público, se encuentran excluidos del régimen general que para los contratos de la Administración establece la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sometiéndose a un régimen jurídico especial designado en la propia Ley”.

Por otro lado, existen otras opiniones doctrinales al respecto, que aportan cierta claridad a la diferenciación entre ambas figuras negociales. Así como señala Rodríguez de Santiago²⁷⁵, “tanto en las relaciones entre Administración y ciudadano,

²⁷³ MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S.(1996) *“El Derecho civil en la génesis del Derecho Administrativo y de su instituciones”*. Madrid :TECNOS : pp 120-123

²⁷⁴ PANIZO GARCÍA (1996)

²⁷⁵ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, (1995) *“Los convenios entre Administraciones Públicas”* Madrid :TECNOS pp. 95 - 96.

como en las que se entablan entre Administraciones Públicas, la designación de un acto jurídico con conceptos como los de “convenio”, “concierto”, “acuerdo”, “protocolo” o alguno semejante, muchas veces pretende justamente, más que remitir a un determinado régimen jurídico, evitar un pronunciamiento expreso sobre la precisa naturaleza de aquellos que se sitúa bajo esos términos.... y se ha demostrado que bajo la ambigua terminología del convenio, del concierto se esconden no pocas veces resoluciones administrativas necesitadas de aceptación por parte de su destinatario o normas con un especial procedimiento de elaboración. En otras ocasiones, no obstante, sí que debe admitirse la existencia de verdaderos contratos.”

En rigor, se puede afirmar, como así lo hace Gómez de Mercado²⁷⁶ que los convenios no son contratos, aunque con éstos integran una categoría más amplia, la del negocio jurídico. Así, Osorio Morales²⁷⁷ significa (bien que en relación con un problema diferente) que “las normas y principios que rigen los negocios jurídicos bilaterales son generalizables y aplicables a los contratos, pero existen otros principios y normas exclusivamente aplicables a los convenios.”

En cualquier caso, y con independencia del valor que a las voluntades de las partes debe conferirse y, en concreto, si de la mencionada concurrencia de dichas voluntades hay que concluir que estamos ante un verdadero contrato, es una cuestión que no se puede responder a partir, exclusivamente, de que el ordenamiento o las partes se valgan del término “convenio”. Y tampoco el pago del precio es definidor del contrato frente al convenio como pone de manifiesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.²⁷⁸

²⁷⁶ GÓMEZ DE MERCADO, (1996) en *“Los Convenios Administrativos y otras relaciones excluidas de la legislación de contratos de la Administración.”* Revista de Derecho Administrativo junio 1996.

²⁷⁷ OSORIO MORALES (1965) en *“Notas para un teoría general del contrato”*. Revista de Derecho privado, diciembre de 1965, p. 1073.

²⁷⁸ Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 3/1997, de 10 de noviembre.

Hay que estar, por tanto, a la naturaleza jurídica de los derechos y obligaciones contenidas en el del negocio jurídico para determinar la calificación del mismo como contrato o como convenio. Lo que resulta verdaderamente relevante, a efectos de determinar si los contratos objeto de estudio están o no excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones, es el hecho de que la voluntad del legislador se plasma en la diferenciación de estas dos categorías negociables excluyendo de su ámbito de aplicación a los convenios comprendidos en la letra d) del apartado 1 de su artículo 4.

Si tenemos en cuenta que en el ámbito de los programas internacionales fundamentalmente el vehículo legal utilizado para su regulación, es el denominado Memorando de Entendimiento (MOU) término procedente del inglés “*Memorandum of Understanding*”, habría que analizar su naturaleza jurídica para dilucidar si deben o no ser regulados por a Ley de Contratos del Sector Público.

Los MOUs se pueden definir como acuerdos escritos entre Gobiernos o entre un Gobierno y una Organización internacional, firmado por representante autorizado.²⁷⁹

Los principales fines que cumplen los citados artículos son los siguientes:

- Obtener acuerdos eficaces en los programas de cooperación en materia de armamento.
- Ser un medio rentable para la consecución de sistemas y programas de interés mutuo.
- Favorecer la confianza mutua entre los países y las industrias.
- Poner en común recursos para alcanzar objetivos comunes con menor coste económico.

²⁷⁹ INTERVENCIÓN GENERAL DE LA DEFENSA (2005): *La nueva regulación de los convenios de colaboración y memorandos de entendimiento en el ámbito del Ministerio de Defensa*. Madrid: MINISDEF pp. 317 y ss.

- Establecer políticas generales y recíprocas sobre investigación y desarrollo, producción, adquisición y apoyo logístico.

En los propios acuerdos se crean órganos directores de los programas que van a desarrollarse, encargados del control, gestión y seguimiento de los mismos. Son precisamente esos órganos directores los que dictarán, de común acuerdo entre sus miembros, las normas que habrán de regir los diversos instrumentos contractuales que se generarán durante la vida del proyecto.

Piénsese que tanto la duración del proyecto como las necesidades que van a surgir durante su ejecución no son conocidas de antemano. Estos acuerdos generales serán a su vez, por tanto, fuente de multitud de contratos de naturaleza muy distinta que va desde la adquisición de material hasta contratos laborales del personal que trabaja al servicio del proyecto.

Por otro lado, cabe destacar que tanto el lugar de celebración de los contratos derivados de los acuerdos generales como su lugar de ejecución varía atendiendo a la nacionalidad de los distintos gobiernos participantes.

En cualquier caso, siempre se realizarán los contratos en nombre y por cuenta del órgano directivo que se crea ad hoc para la gestión y dirección del proyecto.

El acuerdo general o MOU propiamente dicho presenta una estructura normalizada en la que se diferencian las siguientes partes:²⁸⁰

- a) Memoria justificativa, en la que se explican los objetivos del proyecto a grandes rasgos.

²⁸⁰ INTERVENCIÓN GENERAL DE LA DEFENSA (2005)

- b) Índice de materias del acuerdo.
- c) Definiciones de términos empleados y abreviaturas, con referencias a otros acuerdos y documentos que sean de aplicación.
- d) Objetivos y ámbito de aplicación, en los que se describe la naturaleza y los objetivos propios del programa en sus distintas fases si las hubiere. Además se incluye en este epígrafe el grado de compromiso en la participación de cada uno de los firmantes
- e) Organización estatal. En este epígrafe se establece la estructura organizativa básica del programa y los derechos y obligaciones de cada participante. Asimismo se especifican las responsabilidades generales conjuntas en relación con la política, directrices, control y supervisión del programa por medio de una organización ad hoc como es un Consejo de Administración y un Comité de dirección de programas.
- f) Organizaciones industriales. En este apartado se establecen las estructuras industriales necesarias para la consecución del programa, en la que se especifican claramente las obligaciones genéricas de los contratistas colaboradores.
- g) Necesidades de información. En este punto se declaran los informes periódicos a confeccionar por los distintos participantes, su idioma y periodicidad mínima.
- h) Relaciones contractuales. En este punto, clave para el desarrollo del programa se especifican las relaciones entre los distintos países y la organización así como entre ésta y la industria implicada.
- i) Reparto de costes. Donde se establece la cuota de participación entre los distintos países.
- j) Retirada y extinción del acuerdo. Se establecen las normas para entrar y salir del programa así como la duración del acuerdo y la extinción de las relaciones jurídicas derivadas del mismo.

- k) Solución de conflictos. Por último se establece la forma de solución de conflictos generados durante la ejecución del acuerdo. Los contratos derivados del mismo están sujetos, salvo pacto en contrario a estas reglas, que como norma general no someten las disputas las que pudiera haber lugar a ningún Tribunal internacional ni siquiera a los nacionales de los participantes mismos, sino que las soluciones vienen dadas tras las consultas entre los participantes representados por los Directores nacionales.

En el plano interno, es decir desde el punto de vista de la tramitación administrativa de estos programas en España, comienza como cualquier otro expediente con la elevación al órgano correspondiente de una necesidad. Se debe distinguir si estos acuerdos contienen obligaciones económicas o no. Si la respuesta es afirmativa , con carácter previo a la iniciación del expediente contractual se exige la incoación de un expediente de gasto,

Una vez iniciado el correspondiente expediente de gasto, se procederá a la realización de la intervención y fiscalización correspondiente por parte de la Intervención General del Ministerio de Defensa. Concluirá con la aprobación del gasto por parte del Ministro, salvo que el acuerdo prevea gastos que abarquen más de una anualidad, que es lo más común, en cuyo caso la aprobación corresponderá al Consejo de Ministros según lo preceptuado en los artículos 61 y 74.4 de la Ley General Presupuestaria.

Es en este punto, precisamente donde se manifiesta más claramente la calificación que hoy por hoy las autoridades españolas otorgan a este tipo de instrumentos. Así, la aprobación del gasto y la consiguiente autorización de firma que tiene encomendada el Consejo de Ministros para estos instrumentos, según lo establecido en el artículo 74 de la LGP, ponen de manifiesto la asimilación de estos instrumentos con los convenios de colaboración.

Aparentemente existen diversas diferencias entre éstos y los convenios de colaboración. Entre ellas, la primera que salta a la vista es sin duda el hecho de que en su regulación los convenios de colaboración se entienden entre Administraciones públicas y no entre gobiernos. Por otro lado, estos instrumentos aunque en puridad participan de las características propias de los convenios de colaboración, también son fuente de contratos de todo tipo que ya no son propiamente convenio y que sin embargo desde el punto de vista del gasto público que conllevan, son tratados de igual manera.

Por otro lado, y siguiendo en el nivel puramente interno relativo a la tramitación de los mismos, desde el Ministerio de Defensa se han establecido normas internas para la regulación y tramitación de MOU's , concretamente la Orden Ministerial Comunicada 53/1997 de 24 de septiembre sobre coordinación de actividades que generan relaciones bilaterales o multilaterales con terceros estados u organizaciones internacionales y la norma guía de mayo de 1990 emitidas por la Dirección General de Política de Defensa.²⁸¹

Se puede concluir que el MOU es un acuerdo entre gobiernos o entre gobiernos y organizaciones internacionales, cuyo cumplimiento es exigible a ese nivel, que regula las líneas generales de programas o proyectos de carácter internacional. Su naturaleza jurídica es como mínimo asimilable a la de un convenio de colaboración. Además la propia Ley excluye de su contenido a los acuerdos que celebre el Estado con otros Estados o con entidades de derecho internacional público. Por tanto cabe concluir que su regulación queda al margen de la Ley de Contratos del Sector Público.

No obstante, nada impide la aplicación de la fórmula contractual definida en la citada Ley para el contrato de colaboración público-privada, si las partes implicadas así lo acuerdan.

²⁸¹La OMC 53/1997 de 24 de septiembre se publicó en el BOD nº 252 de 30 de septiembre de 1997.

4.1.2. Los programas nacionales

Como se ha puesto de manifiesto en el epígrafe anterior, los programas internacionales de obtención de armamento no son objeto de regulación por parte de la LCSP. Sin embargo, no se puede afirmar lo mismo si éstos son de carácter nacional.

Si consideramos que un programa es internacional cuando alguna de las partes participantes no es nacional, a sensu contrario podemos considerar que un programa tiene carácter nacional cuando todas las partes implicadas son nacionales.

Llegado este punto, cabe preguntarse si la realización de este tipo de programas por parte de la Administración y una o varias empresas nacionales debe ser regulada por la LCSP o, por el contrario, su regulación está al margen de ella por no concurrir ninguna de las circunstancias contenidas en el artículo 4 de la propia Ley.

En principio, lo anteriormente expuesto en cuanto a las modalidades negociables se refiere, es plenamente aplicable a este epígrafe. Es decir, el tipo de negocio jurídico que preside la relación principal participa de las características de un convenio. Ahora bien, los convenios quedan excluidos de la aplicación de la LCSP siempre y cuando su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en la propia Ley o en normas administrativas especiales (art.4.1d).

A sensu contrario, podemos afirmar que si su objeto está incluido dentro de alguno de los contratos regulados en la propia LCSP, aún siendo un convenio su régimen jurídico vendrá dado por el contenido de la citada norma.

En puridad, el objeto de un programa de obtención de armamento participa de las características propias de los contratos de suministro con fabricación y de servicios.

Por otra parte la exclusión enunciada en el artículo 4.1 e) de la LCSP nos hace replantearnos la pregunta de si el régimen jurídico de estos programas es el establecido en la LCSP o no.

La cuestión no es fácil de responder. De hecho, la Comisión Europea emitió la Comunicación Interpretativa COM (2006) 779 de fecha 7.12.2006 con objeto de establecer los criterios que deben seguir los Estados miembros en la invocación del artículo 296 del Tratado en relación con los contratos y convenios de defensa.

La citada comunicación reconoce las incertidumbres existentes en cuanto al alcance del propio artículo se refiere y pretende ofrecer una guía para comprobar si la aplicación de la excepción está justificada.

Las condiciones que establece la citada Comunicación de forma resumida son las siguientes:

- Solamente la contratación de los productos incluidos en la lista adoptada como Decisión del Consejo 255/58 de 11 de abril de 1958, así como los servicios y las obras relacionadas con ellas, pueden eximirse de las normas comunitarias en base al artículo 296 (actual 346) del Tratado.
- Únicamente serán excluibles, además, cuando ese equipamiento se diseñe, se desarrolle, se produzca y se obtenga para fines específicamente militares, y sea utilizado por las Fuerzas Armadas.

Pero los artículos de la lista no excluyen automáticamente de las normas del Mercado interior, según ha confirmado reiteradamente el Tribunal de Justicia de la UE. Deben de cumplirse, además, las condiciones para la aplicación del artículo 296, debiendo ser capaces los Estados miembros de probar que la aplicación de la Directiva afectaría a sus intereses de seguridad esenciales y supondría un grave riesgo para las capacidades básicas de su defensa.

Para ello, deben evaluarse los siguientes aspectos:

- ¿Cuál es el interés de seguridad esencial involucrado?
- ¿Cuál es la conexión entre ese interés de seguridad y la decisión específica de la contratación?
- ¿Por qué la aplicación de la Directiva de contratación en ese caso específico afectaría a la protección de ese interés de seguridad esencial?

Como guardiana del Tratado, la Comisión o cualquier Estado miembro pueden llevar la cuestión al Tribunal de Justicia (art.298), correspondiendo a los Estados la carga de la prueba que justifica la exclusión.

Además de esta limitación a la aplicación de las exclusiones contenidas en el reiterado art.296, conviene resaltar el contenido del Código de Conducta de la Agencia Europea de Defensa (EDA) suscrito por España.²⁸²

El citado código tiene por objeto abrir los mercados de defensa nacionales a potenciales competidores del resto de las naciones firmantes, para aquellos contratos valorados en 1 millón de Euros o más que reúnen las condiciones de aplicación del art.296 del TCCE, con una serie de excepciones:

- Contratos de I+D.
- Programas de colaboración entre gobiernos.
- Programas de armamento nuclear y sistemas de propulsión nuclear.
- Servicios y artículos químicos, bacteriológicos y radiológicos.

²⁸² España se adhirió al citado Código de Conducta en noviembre de 2009.

- Equipo criptográfico.

Dentro de este ámbito, se reconoce que los Estados Miembros Firmantes (sMS), pueden necesitar acudir a procedimientos de adjudicación sin competición en determinados casos excepcionales:

- Por razones de urgencia operativa.
- Trabajos, servicios y suministros suplementarios.
- Razones extraordinarias relativas a preservar los intereses de la seguridad nacional.

En estos casos, se requiere que se facilite a la EDA una motivación que justifique la excepción. También se comunicarán a la EDA los programas de colaboración.

Los principios básicos que inspiran el régimen son:

- Transparencia mutua y sistema de contabilidad y control a cargo de la EDA mediante el establecimiento de un sistema de monitorización e información.
- Apoyo mutuo para lograr el buen fin de los contratos adjudicados
- Beneficio mutuo a largo de toda la cadena de suministro, mediante el establecimiento de un código de mejores prácticas en toda la cadena de suministros.

Dentro del Ministerio de Defensa español, es la Dirección General de Armamento y Material la encargada de establecer las normas de aplicación del Código de Conducta.

En este orden de cosas cabe destacar que en virtud de lo establecido en la disposición adicional novena de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y seguridad, que habilita al Gobierno para determinar qué capacidades industriales y áreas de conocimiento afectan a los intereses esenciales de seguridad, el ejecutivo ha determinado las siguientes áreas de conocimiento susceptibles de protección especial por afectar a los citados intereses esenciales de seguridad, mediante Acuerdo de consejo de Ministros de fecha 29 de mayo de 2015:²⁸³

- a) “Mando y control, comunicaciones, información (c4i)*
- b) Ciberdefensa*
- c) Vigilancia, reconocimiento, inteligencia y adquisición de objetivos (ISTAR)*
- d) Control de tráfico y de ayudas a la navegación*
- e) Sistemas espaciales, de tratamiento de datos y de misión*
- f) Simulación de equipos y sistemas de armas para entrenamiento avanzado*
- g) Sistemas de navegación, control de guiado y carga y pago en misiles y municiones complejas*
- h) Sistemas complejos integrados por otros sistemas de armas avanzados cuyos requisitos están vinculados a los intereses esenciales de defensa y seguridad.*

El gobierno podrá considerar estratégica una capacidad industrial o área de conocimiento que integrando cualquiera de las anteriores pueda contribuir a la ventaja operacional y libertad de acción de las Fuerzas Armadas”.

Lo más relevante de este acuerdo es sin duda la inclusión de la definición de interés esencial de seguridad, que hasta la fecha no había sido definido y que podía conllevar problemas de cara a la invocación del art.346 TFUE, toda vez que según la Comisión se debe identificar el interés esencial protegido. Así el ACM define en su parte

²⁸³ Ver apartado primero del ACM de 29 de Mayo por el que se determinan las capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la Defensa y la Seguridad Nacional.

introdutoria los intereses esenciales de seguridad²⁸⁴ *“como aquellos cuya protección resulte prioritaria para desarrollar las líneas de acción estratégicas y cumplir los objetivos establecidos en los ámbitos de actuación de la Estrategia de Seguridad Nacional.”* Esta definición tiene un carácter abierto y susceptible de ser modificado cada vez que cambie la Estrategia de Seguridad Nacional, con lo que se consigue una protección amplia de todos ellos.

Por último, y como colofón a las actividades desarrolladas aplicando la técnica jurídica inversa, esto es adelantarse a cualquier reclamación que pudiera producirse en el ámbito europeo contra una invocación inadecuada del art.346 TFUE, cabe destacar que se está elaborando una Orden Ministerial que regula el proceso de invocación de este artículo en el ámbito del Ministerio de Defensa, en la que se obliga a mencionar la necesidad de la citada invocación en todas las fases documentales del proceso de obtención de material.

Llegado a este punto, podemos afirmar que los programas de obtención de armamento nacionales están sujetos a la LCSP si bien le serían de aplicación las excepciones propias contenidas en el art.296 (actual 346) del TFUE, es decir, no estarían sujetos a regulación armonizada y podrían ser adjudicados mediante procedimiento negociado, en virtud de lo establecido en la letra g) del artículo 154 de la LCSP.

4.1.3. La colaboración público-privada aplicada a los programas internacionales de obtención de armamento

Hasta la fecha no existe un solo programa internacional de este tipo que haya visto la luz bajo el amparo de una colaboración público-privada. Han existido colaboraciones parciales en contratos de tipo nacional, pero nunca se ha procedido a la implantación de este modelo contractual en los programas de carácter

²⁸⁴ *Ibidem*

internacional. Desde aquí consideramos que ha llegado el momento de plantearnos la posibilidad de adopción de la colaboración público-privada en este tipo de programas, pues la realidad ha demostrado que las administraciones invierten enormes cantidades de dinero en su industria nacional para su participación en estos programas, asumiendo todo el riesgo, sin tener la certeza del resultado final.

El ejemplo del A-400 M es claro: tras varios años invirtiendo en el desarrollo del sistema de armas, las administraciones de las naciones participantes se han visto en la obligación de invertir un 40% más de lo proyectado si querían ver continuar el proyecto, sin sufrir las industrias contratantes ni la más mínima penalidad por ello.

A pesar de no existir ningún proyecto de este tipo en el ámbito internacional, si se ha estudiado su posible implantación. El programa Euro-Training,²⁸⁵ que está en sus primeros estadios, se basó en un estudio de viabilidad²⁸⁶ confeccionado por distintas industrias consultadas. En él se estudia la realización del proyecto desde varios puntos de vista. Comienza con el estudio de un enfoque tradicional, en el que el Estado hace todas las inversiones, asume todo el riesgo y es el propietario del resultado. Posteriormente procede al estudio de las posibilidades de externalización del proyecto, desde un nivel bajo hasta el máximo.

En particular se identificaron tres niveles de externalización:

- Nivel bajo de externalización: la industria actúa como un mero contratista que realiza estrictamente el objeto de la contratación sin asumir ningún riesgo (fórmula tradicional).

²⁸⁵ Su objetivo es la consecución de un sistema de enseñanza común en Europa para pilotos de reactores, contemplando la construcción de un avión de entrenamiento.

²⁸⁶ El citado estudio de viabilidad (realizado por EADS-C, Dassault Aviation, Armaki, y Saab) es de carácter confidencial y no está permitida su reproducción. El autor ha tenido acceso al mismo por motivos laborales y revela los datos que ya han sido publicados.

- Nivel medio de externalización: la industria realiza determinadas actividades del contrato a su riesgo y ventura.
- Nivel alto de externalización: todos los activos son propiedad de la industria. La industria hace toda la inversión y vende/alquila el resultado a la administración.

Para cada nivel de externalización estudiado, el trabajo analiza las ventajas y desventajas que cada uno de ellos presenta tanto para la industria como para la administración.

Así, el modelo tradicional presenta las siguientes ventajas para la Administración:

- Control total del proyecto tanto en tiempo de conflicto como en paz.
- Control total de activos.
- Control sobre las modificaciones tanto de los sistemas de armas como de las que afecten al entrenamiento.
- Reducción de los costes financieros (los estados pagan, en general menos intereses que las empresas por la obtención de créditos).
- Reducción de costes de aseguramiento de los bienes (los estados no suelen asegurar sus activos).

Por su parte, para la industria supone:

- Asegura la existencia de trabajo durante periodos largos.
- No existe la necesidad de acudir al mercado para la obtención de créditos, es decir no existen flujos negativos de caja.
- Mantiene la actividad sin necesidad de incurrir en riesgos anormales.

Como desventajas, desde el punto de vista de la Administración cabe señalar las siguientes:

- No se adopta un modelo de eficiencia propio de la actividad privada.
- Se incurre en la necesidad de realizar inversiones de gran nivel sobre todo al principio del proyecto.
- Necesita contar con una carga de autogestión considerable.
- Resulta necesario contar con unos sistemas de gestión de la información muy caros.
- Requiere la creación de una entidad internacional de gestión, que en cualquier caso impide la toma de decisiones de una forma adecuada.
- Asume el riesgo derivado de cualquier retraso en la producción o de la entrega de los bienes.
- Asume el riesgo de coordinación de todos los subsistemas implicados.
- Asume el riesgo de la obsolescencia del producto.

Por su parte la industria si bien reduce el nivel de riesgos a asumir, en la práctica supone que el programa puede ser interrumpido en cualquier momento, lo que no les asegura una carga de trabajo constante a lo largo del tiempo.

El segundo modelo analizado parte de la premisa de que la mayoría de los activos son propiedad de las Administraciones si bien se externalizan algunas actividades no esenciales, concretamente en el área de la logística.

De la adopción de este modelo se derivan las siguientes ventajas para la Administración:

- Control total del proyecto tanto en tiempo de conflicto como en paz.

- Reducción de costes de aseguramiento de los bienes (los Estados no suelen asegurar sus activos).
- Control total de activos.
- Control sobre las modificaciones tanto de los sistemas de armas como de las que afecten al entrenamiento.
- Permite a la administración concentrar sus esfuerzos en la operatividad del sistema de armas.
- Se fomenta la competencia entre las empresas del sector.
- Se introduce cierta eficiencia en el modelo derivado de la actividad del sector privado.
- Se reduce parte la inversión inicial aunque ésta sigue siendo muy alta sobre todo en los primeros estadios.
- Se aumenta la calidad del servicio.
- Se reducen los niveles de riesgo en general. Reducción de los costes financieros (los estados pagan, en general, menos intereses que las empresas por la obtención de créditos).
- Reducción de costes de aseguramiento de los bienes (los estados no suelen asegurar sus activos).

Por su parte para la industria presenta las siguientes ventajas:

- Se asegura un alto nivel de actividad durante un periodo considerable de tiempo.
- Mayores oportunidades de negocio.
- Menores riesgos.

Como inconvenientes, sobre todo para la Administración, la adopción de este modelo de negocio supone que todavía el nivel de inversión es extremadamente alto, sobre todo al principio, así como que la mayoría de los riesgos son asumidos por ésta.

Para la industria, este modelo no se diferencia en gran parte del anterior y por tanto participa de las mismas desventajas.

Por último, el tercer modelo de negocio que incluye las características de la colaboración público privada, concretamente de la PFI, en la que las naciones tan sólo pagan por número de pilotos entrenados sin necesidad de fabricar los sistemas de armas necesarios ni de proveer personal alguno, es defendido por el estudio como el más apropiado para ambas partes.

Así, para la Administración supone el disfrute de las siguientes ventajas:

- Permite a la Administración centrarse en sus actividades que les son propias.
- Participa de todas las ventajas derivadas de la eficiencia generadas en el sector privado.
- La industria goza de toda la libertad necesaria para adoptar decisiones en tiempo y forma.
- Fomenta la competencia entre las empresas suministradoras.
- No resulta necesario crear ninguna unidad o entidad internacional de gestión.
- La inversión es más reducida y constante a lo largo del tiempo del programa.
- Los riesgos económicos y de gestión desaparecen.
- Los costes se reducen cuanto más aumente el nivel de alumnos.

Si bien, como desventajas, el modelo implica la pérdida total del control de la Administración del programa.

- El precio por piloto entrenado es significativamente mayor.

- Se pierde el conocimiento relativo a la enseñanza en el ámbito de la administración.

Lo más destacado de este modelo es, precisamente, el reparto de riesgos del programa. La Industria se asegura un mercado a largo plazo, pero asume todos los riesgos inherentes al desarrollo y puesta en funcionamiento del servicio. La financiación del proyecto recae íntegramente en el socio industrial, aunque se repercuta en el precio final. La administración tan solo paga los servicios prestados, ajena a cualquier riesgo financiero, de obsolescencia, de demanda etc..

A pesar de parecer inicialmente muy ventajoso para la Administración, cabe destacar que ésta pierde el conocimiento relativo al entrenamiento del personal. Además, si el proyecto fracasa, en un estado intermedio, asume un riesgo de capacidad de entrenamiento, incuantificable económicamente.

Esta opción, si bien tuvo cierta buena acogida, no parece ser la que cuente con mayores posibilidades de implantación. Si bien todo apunta a que fórmulas intermedias, en las que la Administración mantiene un mayor nivel de implicación, son las que cuentan con mayores posibilidades de éxito.

4.1.4. La colaboración público-privada aplicada a los programas nacionales

Nuevamente tenemos que afirmar que no existe ningún caso en el que esta fórmula contractual haya servido como vehículo para el desarrollo de un programa de obtención de armamento a nivel nacional.

Sin embargo, no se puede afirmar lo mismo de fases posteriores de estos programas, como la de mantenimiento de sistemas de armas o entrenamiento de personal para su uso.

Como antecedentes más recientes y de mayor importancia cabe destacar los contratos de este tipo desarrollados en el Reino Unido y EEUU.

La fase más cara de la vida de un sistema de armas es sin duda alguna su mantenimiento desde su puesta en servicio hasta su retirada. Por ello, estas dos naciones junto a otras a las que posteriormente haremos alusión, han ensayado fórmulas de cooperación con los contratistas con objeto de reducir los costes de operación y mantenimiento de los sistemas de armas.

A) *Experiencias en EEUU: “La Logística basada en la ejecución” (PBL: Performance based logistics)*

Los modelos tradicionales de mantenimiento y aprovisionamiento en las Fuerzas Armadas modernas se han enfrentado a problemas logísticos debido fundamentalmente a las siguientes razones:²⁸⁷

- Los órganos de la Administración correspondiente se han dedicado (y se dedican) a conseguir tener los repuestos necesarios en el momento necesario. Para ello, se contratan repuestos y servicios en cuantía muy superior a la realmente utilizada.
- Esta circunstancia ha dado lugar a la generación de inventarios voluminosos, difíciles de gestionar y que generan unos costes de almacenamiento de considerado importe, detrayendo estos recursos mal gastados de partidas que en otro caso serían utilizadas en inversiones en material más moderno.

²⁸⁷ Conclusiones destacadas en el informe “*Evaluation of Performance Based Logistics*” de Jaques S. Gansler y William Lucyshyn. University of Maryland 2006.

- Las Administraciones soportan costes y riesgos como el de predicción de necesidades, solicitud, compra, almacenamiento, obsolescencia del material, transporte y control de configuración.
- Esta postura incentiva a los contratistas a vender cuanto más mejor, sin pensar en el servicio final que los repuestos y los servicios puedan generar.

Estas razones llevaron a la Administración Americana a pensar en la adopción de procesos en los que el sector privado había demostrado una mayor capacidad logística que las propias Fuerzas Armadas. La implicación del citado sector tenía que ser definitiva.

La guía sobre adquisiciones del Departamento de Defensa de EEUU de 2006²⁸⁸ define a la Logística basada en la ejecución “como la compra de una apoyo integrado, económicamente posible, diseñado para optimizar la disponibilidad a la vez de conseguir los objetivos de operatividad de los sistemas de armas a lo largo de su vida operativa”.

Cuando se implanta un sistema de logístico de este tipo PBL, las responsabilidades se transfieren desde la Administración al contratista, así la responsabilidad del cálculo de necesidades de mantenimiento y repuestos pasa de la Administración al contratista, de la misma manera que la gestión de inventarios y la responsabilidad del control de las reparaciones e inspecciones.

De la misma manera, los incentivos del contratista se ven alterados pasando de estar interesados en vender cuantos más repuestos posibles mejor, a dar un servicio integral que permita a la Administración operar su sistema de armas al máximo posible, pues la remuneración de éste vendrá determinada por ese parámetro.

²⁸⁸Ibidem, p. 6

La posible aplicación de este sistema varía dependiendo de la edad del sistema de armas, la infraestructura orgánica existente propiedad de la Administración, limitaciones legales y de estructura funcional.²⁸⁹

Como ventajas derivadas de la implantación de un PBL se pueden destacar las siguientes:

1. El rendimiento de su implantación es perfectamente medible, horas de vuelo, tiempo de reacción, disponibilidad absoluta del sistema de armas etc..
2. Este parámetro de medida coincide con el parámetro de incentivo del contratista. Cuanta mayor sea la operatividad entregada mayores serán los beneficios.
3. El vehículo contractual para implantarlo es muy sencillo.
4. Trasfiere los riesgos más caros de la Administración al contratista.
5. Reduce los costes derivados de la propiedad de los inventarios e instalaciones.
6. Propugna una unidad de intereses entre la Administración y el contratista.

Como ejemplo de la utilidad de este sistema, la NAVY de EEUU firmó con Boeing en el año 2001²⁹⁰ el primer contrato PBL para el mantenimiento del F-18 A Hornet. Como resultado del mismo se ahorraron 150 millones de dólares en los 5 años de duración inicial, con una operatividad superior a la inicialmente concebida pasando de un 43% a un 96%. Se redujo la inoperatividad por mantenimiento reduciéndose la estancia de los aviones en talleres de 98 días de media a 67. Reduciendo el precio de las reparaciones en 50 millones de dólares.

²⁸⁹ *Ibídem*, p. 7

²⁹⁰ *Ibídem*, pp.9-12

En cuanto a la forma legal utilizada para dar cobertura a este modelo de cooperación se refiere, se utilizó un contrato marco denominado *F-18 A Hornet Integrated Readiness Sustainment Team Contract* (FIRST) con la empresa Boeing. En líneas generales establecía las bases y términos generales de la relación para posteriormente desarrollar su contenido a través de contratos derivados ad hoc.

El precio del contrato era del tipo coste más incentivo variable. Establecía la posibilidad de ampliar el contenido del contrato mediante la firma de tres contratos sucesivos de un año de duración cada uno con un precio máximo para cada uno de ellos.

En el año 2003 se amplió su objeto, teniendo en cuenta el buen resultado que había dado su ejecución durante los años 2001 y 2002 , incluyendo en él servicios integrales de ingeniería así como la creación de un centro de apoyo general y la puesta en marcha de un nuevo sistema informático de control y seguimiento de este programa de cooperación.

A través de esta ampliación del objeto del contrato se creó un PPP (*Public-Private Partnership*) entre Boeing y la NAVY para la gestión de los depósitos de materiales. Boeing se comprometía así a financiar todas las actividades necesarias para el cumplimiento del contrato, recibiendo a cambio un precio basado en cobertura de costes más incentivos variables y la posibilidad de utilizar las infraestructuras de los depósitos en beneficio de su actividad comercial propia²⁹¹.

Entre otros instrumentos, se firmó un acuerdo de protección de los derechos de propiedad industrial e intelectual de ambas partes.

²⁹¹Ibidem, p. 16

Tras una pormenorizada evaluación de la experiencia se acometieron otras aventuras basadas en el mismo concepto de externalización y partenariado que abarcaron tareas de enseñanza y formación de pilotos, todas ellas con un resultado muy aceptable.

El camino no fue fácil, pues en definitiva significaba la transformación de la logística de un ejército de enormes proporciones. En particular y sin ánimo de ser exhaustivos esta iniciativa tuvo que enfrentar los siguientes problemas:²⁹²

- Problemas culturales/organizativos: El personal que trabajaba en la organización encargada del mantenimiento del sistema de armas vió como su función cambiaba, además de ver peligrar su puesto de trabajo, debido a la falta de cualificación personal para poder acometer las nuevas tareas encomendadas.
- Problemas económicos: Las fluctuaciones que sufrieron los presupuestos de defensa durante esos años, hizo desconfiar al operador privado de la posibilidad de recuperar las inversiones realizadas en el proyecto. Se puso claramente de relieve que este tipo de “aventuras” deberían ser duraderas en el tiempo, pues lo primeros años de ejecución implican una gran inversión por parte del sector privado.

Otro problema que se detectó, es la falta de competitividad de los subcontratistas, pues estos debían contratar con Boeing directamente. Al ser un monopolio, muchos de ellos desistieron de seguir con el proyecto y buscar otros mercados, lo que en algún caso terminó por necesitar la intervención de la administración para resolver el problema.

- Problemas de Gestión: Durante la vida de este contrato quedó patente la necesidad de contar con un sistema de gestión controlado por la

²⁹²Ibidem, p. 38

Administración, que cuente con la suficiente flexibilidad para adaptarse a cualquier cambio que requiera la ejecución del contrato, pues no hay que olvidar que estos contratos son prolongados en el tiempo y tanto sus objetivos iniciales como su propio objeto puede variar.

Pese a estos problemas, la Administración americana ha continuado explorando y aplicando este tipo de fórmulas cooperativas en el ámbito del mantenimiento de los sistemas de armas.

B) Experiencias en el Reino Unido

De la misma manera que en otros departamentos ministeriales, el Ministerio de Defensa Británico ha sido pionero en la incorporación de la colaboración público privada a sus modelos de gestión.

Comenzó con la implantación de modelos de colaboración público-privada en los años 80 durante el Gobierno de Margaret Thatcher, inicialmente en el ámbito del alojamiento y de la alimentación del personal militar en las unidades para posteriormente implantarlos en el ámbito de la logística aplicada a los sistemas de armas, siendo el más destacado el denominado “*Sea King Integrated Operational Support*” (SKIOS).²⁹³

Con anterioridad a su implantación el programa dedicado al apoyo en servicio del helicóptero Sea King, comprendía 100 contratos diferentes con distintos

²⁹³ UK Ministry of Defence, Private Finance Unit “Review of MoD PFI projects in construction and operation, Dec 2005. Accessible en [www. Mod.uk.com](http://www.Mod.uk.com)

proveedores. Esta circunstancia hacía totalmente inviable el logro de un servicio eficaz y eficiente.²⁹⁴

Tras la búsqueda de un operador privado que pudiera dar soluciones adecuadas a esta ineficiente forma de gestión, el Ministerio de Defensa Británico decide firmar un contrato de colaboración público-privada con la empresa IBM, con los siguientes objetivos:

- Conseguir un sistema de apoyo logístico al sistema de armas, eficaz y eficiente.
- Reducir los riesgos de gestión.
- Reducir su presupuesto.
- Aumentar su operatividad.

IBM se encargaría de la gestión (Management) de todo el programa. Implantando un sistema informático propio, flexible capaz de dar cobertura a todas las necesidades logísticas para la operatividad del sistema de armas. El resultado ha sido una vez más muy satisfactorio.

Una de las características de este partenariado, fue que el parte personal perteneciente al Ministerio de Defensa Británico pasó a formar parte de IBM, conservando sus condiciones laborales intactas.

Este contrato sigue aún vigente y ha tenido unos resultados muy satisfactorios, lo que ha conducido a plantearse extender el sistema de gestión a otros programas.

Aparte de este programa, el más significativo a efectos de nuestro estudio, como se afirmó anteriormente, el Ministerio de Defensa Británico ha emprendido este tipo de aventuras de forma pionera. Existe en la actualidad dentro de su estructura

²⁹⁴ IBM services bulletin 2005. (ibm.com/services/bcs)

organizativa una unidad de gestión y control de las PFI generadas en su ámbito de responsabilidad.

La citada unidad (PFU) elabora con carácter periódico una revisión de la actividad de las distintas PFI contratadas en su ámbito.

La última revelada por el citado ministerio es de diciembre de 2005²⁹⁵. Conviene hacer un pequeño análisis de las conclusiones a las que llega la citada unidad de gestión.

Hasta agosto de 2005, el Ministerio había contratado 53 partenariados, por un importe total de inversión privada de más de 4.300 millones de Libras. Como conclusiones del citado informe destacan las siguientes:

- Se puede afirmar que las PFI en vigor cumplen con los objetivos presupuestarios y de entregas de servicios a tiempo.
- Proporcionan los servicios requeridos de una manera sobresaliente.
- Los Partenariados están diseñados con la suficiente flexibilidad para adaptarse a nuevas necesidades y retos.
- El 41% de los partenariados no aplicaron penalidades en la ejecución de los contratos. De los que sí aplicaron penalidades el 76% no supuso más de un 1-2% de desviación de los objetivos.
- El 90% de los jefes de programa consideraron muy positiva la relación con el colaborador privado.

²⁹⁵ UK Ministry of Defence, Private Finance Unit "Review of MoD PFI projects in construction and operation, Dec 2005. Accessible en [www. Moduk.com](http://www.Mod.uk.com)

Como conclusión final recomienda la adopción de este sistema de colaboración a gran escala dentro del citado Ministerio. Si bien recomienda simplificar aspectos como el sistema de pagos y otros de menor entidad en el ámbito de la propia gestión.

Como consecuencia de lo anterior, el mayor programa que existe a nivel nacional utilizando la CPP como modelo de contratación y gestión es el denominado FSTA (Future Strategic Tanker Aircraft) , de la fuerza Aérea Británica. El objeto de este programa es reemplazar la actual flota de aviones cisterna VC-10 y Tristar, que actualmente operan en esa Fuerza Aérea.

El FSTA es un proyecto liderado por un consorcio de empresas formado por EADS, Rolls-Royce, Cobham, Thales UK y VT Group. Este consorcio aportará a la Fuerza Aérea Británica catorce aviones nuevos A330-200. La Fuerza Aérea Británica ostentará el control operacional y volará las misiones militares. Las instalaciones desde donde operarán seguirán siendo militares.

El FSTA es un proyecto cuya inversión inicial es de aproximadamente 3.600 millones de Euros.

El objeto principal de este contrato es la disponibilidad de 14 aviones para la Fuerza Aérea Británica, para labores de reabastecimiento en vuelo y transporte de tropas. La operatividad de la flota dependerá directamente de la Fuerza Aérea y su remuneración está supeditada al nivel de disponibilidad y utilización que el consorcio adjudicatario sea capaz de proporcionar a la Administración militar británica.

No obstante la financiación del proyecto está basada en una aportación por parte de la Administración de un 90% del precio de la construcción de las aeronaves y el restante 10% será aportado por los socios privados.

El contrato firmado marzo de 2008²⁹⁶ supone un negocio valorado en 16.700 millones de euros en los próximos 27 años. El operador privado se encargará de su mantenimiento y disponibilidad y como contraprestación recibirá una cantidad fija con carácter anual así como una variable atendiendo al grado de disponibilidad que ofrezcan en realidad. Además permite que el operador privado explote el servicio de transporte de Tropas y reabastecimiento en vuelo de forma comercial pero controlada por la Administración para aprovechar la capacidad excedentaria que ofrecen estas aeronaves.

C) Experiencias en Alemania

Las experiencias del Ministerio de Defensa alemán en el ámbito de la colaboración público-privada comienzan en 1994, cuando su Ministro inicia una reorganización del Ministerio, con el objetivo de hacerlo más eficiente y eficaz, lo que implicaría la necesidad de privatizar aquellas áreas que así lo justificase.²⁹⁷

Se produjo un avance significativo en este sistema de colaboración tras la firma, entre el Ministerio de Defensa y la organización de empresarios alemanes del denominado *"Innovation, investment and efficiency in the Bundeswehr"* en diciembre de 1999. A partir de la firma de este acuerdo ,700 empresas empezaron a colaborar con el Ministerio de Defensa alemán de una forma más o menos significativa.²⁹⁸

El objeto de la colaboración va desde informática, entrenamiento y enseñanza del personal militar hasta apoyo logístico integral de sistemas de armas. Cabe destacar asimismo, que la entrada en escena del operador privado no sólo ha sido a través de

²⁹⁶ <http://www.moduk/PFI/FSTA.com>

²⁹⁷ Krahmann Elke, (2010) "Controlling Private Military Services in the UK and Germany : Between Partnerships and Regulation"

²⁹⁸ Die Bundeswehr der Zukunft. Sankstand and Reform15. Juni 2001: Bundesministerium der verteidigung.

fórmulas de colaboración público-privada, sino también a través de la privatización de servicios.

La experiencia alemana en este ámbito es comparable con la existente en el Reino Unido al inicio de la implantación de estas fórmulas de cooperación. Es decir, está caracterizada por contratos de corta duración, bajo control de la Administración que aseguren la independencia de ésta del colaborador privado, hasta el punto de que la continuidad del contrato depende exclusivamente del grado de satisfacción de la Administración con su contratista.

Para la evaluación inicial de este sistema de colaboración, el Ministerio de Defensa alemán creó la Asociación para el Desarrollo, Suministro y Operación (*Gesellschaft für Entwicklung, Beschaffung und Betrieb*) en el año 2000.²⁹⁹

La citada asociación concluyó en uno de sus primeros informes que la externalización de servicios como la informática, la gestión, el alojamiento y vestuario, conlleva un alto grado de eficiencia y eficacia. No obstante, este fenómeno debe ser limitado a aquellos servicios que no sean de interés estratégico para la defensa.³⁰⁰ Añade además, que por imperativo constitucional, el Ministerio de Defensa debe mantener el control y la coordinación sobre la provisión privada de servicios de carácter militar.

Como ejemplos de programas de colaboración más significativos destacan el servicio de vestuario operado por la empresa LHBundeswehr Bekleidungsgesellschaft en colaboración con el citado Ministerio. La colaboración se ha materializado a través de la creación de una empresa en la que el gobierno ostenta un 25% del capital social.

²⁹⁹ <http://ministerium.bundeswehr.de/presse/146.php>

³⁰⁰ *Ibidem*

El segundo ejemplo a destacar, es el programa HERKULES. Este proyecto tiene por objeto la gestión y operación de todos los sistemas informáticos del Ministerio de Defensa Alemán. Firmado en el año 2006 un contrato de colaboración Público privada entre este ministerio y el consorcio de empresas T-Systems, IBM y Siemens, por valor de 7.7 billones de euros, el operador privado se compromete a dar todos los servicios integrados de informática dentro del citado ministerio durante un plazo de 10 años³⁰¹.

La actividad principal y que requiere mayor inversión, es la modernización de todos los existentes.

El reparto de la inversión y costes es de 49.9% por parte de la administración y 50.1 del consorcio. El pago se hará a través de una cuota fija para cubrir la inversión más, una variable atendiendo a la disponibilidad de los sistemas y nivel de satisfacción del usuario. Como contrapartida los socios privados ven la posibilidad de exportar los resultados del proyecto a otros sectores.

4.2. APLICACIÓN DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL ÁMBITO DEL MINISTERIO DE DEFENSA ESPAÑOL

4.2.1. Consideraciones generales

*"No vamos a invertir en sistemas que no vayamos a usar y tampoco vamos a gastar el dinero que no tenemos".*³⁰² En palabras del anterior Secretario de Estado de Defensa, la deuda actual del citado Ministerio para la modernización de los sistemas de armas incluidos como programas especiales, asciende a la cantidad de 27.000 millones de euros. Por otro lado, como forma de racionalizar el gasto de Defensa el Secretario de Estado afirmó:

³⁰¹ Artículo de Schmachtenberg y Krai Küger en <http://www.ijonline.com> Dic.2006

³⁰² Entrevista al Secretario de Estado de Defensa D. Constantino Méndez. El PAÍS 20/5/2010.

*“.... estamos interesados en rentabilizar la capacidad excedentaria de instalaciones militares, como las Maestranzas del Ejército del Aire, en colaboración con el sector privado. Eso nos permitirá obtener ingresos por instalaciones desocupadas, y a las Fuerzas Armadas, dedicarse a sus tareas específicas. Queremos utilizar una fórmula similar en los sistemas de armas que tenga en cuenta no sólo el coste de la adquisición, sino el del sostenimiento”.*³⁰³

Partiendo de estas premisas parece claro que en nuestro ámbito nacional se está planteando la posibilidad de contar con la colaboración de socios privados para la obtención de sistemas de armas y de su sostenimiento.

A pesar de las experiencias comparadas, debemos de afirmar que sea cual sea la forma de colaboración emprendida entre el sector público y el privado, se debe tener muy presente las características que definen a los sistemas de armas y que los diferencian de cualquier otra actividad del Estado. Así podemos destacar:³⁰⁴

- Carácter estratégico de las instalaciones y sistemas de armas.
- Confidencialidad de los resultados de los proyectos de Investigación y desarrollo de carácter militar.
- Incertidumbre de los proyectos desarrollados a largo plazo debido a los cambios en determinados factores externos al desarrollo del sistema de CPP, como cambios geopolíticos que impliquen nuevas amenazas a nuestra seguridad.

³⁰³ Ibidem.

³⁰⁴ ALDAMA Y MIÑON, E. y otros (2008). Monografía publicada en EURO-DEFENCE España. “Las oportunidades que ofrece la colaboración público-privada en el ámbito de la defensa”. Madrid: Instituto Superior de Estudios Empresariales S.A.

- El elevado nivel de innovación de las tecnologías empleadas en el ámbito militar, que requieren una capacidad de adaptación mucho más flexible que en los proyectos de carácter civil.
- Alto coste inicial de las inversiones, lo que implica que la duración del contrato debe ser lo suficientemente larga para poder rentabilizar la citada inversión.
- Dificultad en la atribución de riesgos al sector privado, cuando se trata de sistemas de armas que puedan ser objeto de destrucción por accidente o en combate.

Una vez expuesto de manera genérica los principios que se deben tener presentes a la hora de evaluar la introducción de este tipo de colaboración en el ámbito de nuestro Ministerio de Defensa, podemos en cualquier caso afirmar que se debe iniciar esta nueva aventura como única posibilidad viable al menos a corto y medio plazo en el ámbito del mantenimiento de las sistemas de armas.

Para reforzar la conclusión inicial, el presente estudio se centrará en el análisis de dos casos reales: El mantenimiento futuro de los nuevos sistemas de armas y de los ya existentes en el Ejército del Aire. Para ello, se van a tener en cuenta los medios propios existentes (Maestranzas) cuyas capacidades se han visto inutilizadas progresivamente.

4.2.2. La CPP aplicada al mantenimiento de sistemas de armas actualmente en servicio

Como ya se ha apuntado a lo largo del presente estudio, la situación a la que se enfrentan nuestras Fuerzas Armadas en la actualidad, se caracteriza por haber hecho una inversión muy importante en programas de modernización que están siendo entregados o lo serán a corto plazo. Con su entrega se inicia la denominada fase de servicio de los mismos, lo que conlleva unos elevadísimos costes de mantenimiento.

En el ámbito del Ejército del Aire, los dos sistemas de armas que entrarán en esta fase (o incluso ya han entrado aunque de forma parcial), son el EF-2000 (Eurofighter) y el A-400M.

En cuanto al primero se refiere, hasta la fecha el mantenimiento de las primeras entregas se está haciendo a través de contratos internacionales dentro del mismo programa, con los consorcios productores del mismo. Ahora bien, una vez terminada la producción total, el mantenimiento será responsabilidad nacional, salvo pacto en contrario.

Sin olvidar, el carácter internacional del programa, se debe buscar una solución nacional para acometer las funciones de mantenimiento del sistema de armas.

Es precisamente en este punto donde cabe plantearse el papel del sector privado en la provisión de este complejo servicio.

Se debe analizar, qué tipo de vinculación se pretende con el citado sector. Pues se puede limitar a buscar una mera prestación de un servicio o se puede ir más allá y analizar la posibilidad de una mayor vinculación del sector privado, llegando incluso hasta la colaboración público-privada.

En cuanto al A-400M se refiere, todavía está en fase de producción, pero con toda seguridad las conclusiones a las que llegaremos para el primer sistema de armas, serán extrapolables al segundo.

La Directiva 1/2009 de Planeamiento de la Defensa, actualmente en vigor, ha consolidado el principio de establecer como objetivo fundamental la obtención de capacidades militares, desterrando así el anterior que se basaba en la consecución de

las adquisiciones,³⁰⁵ y el establecimiento de la estrategia del sostenimiento del ciclo de vida de estas capacidades.

Dentro del diseño de la estrategia del sostenimiento, se ha planteado en el ámbito del Ejército del Aire una profunda transformación del mismo. Y ello debido a que la progresiva degradación de los factores de producción en la organización del sostenimiento de este Ejército, dificulta la consecución del objetivo de disponibilidad operativa para la presente legislatura.³⁰⁶ La situación es especialmente delicada en el caso del recurso humano, junto al incremento de la demanda que supone la continuidad en servicio de sistemas de armas con un alto nivel de obsolescencia, que comparten recursos con los nuevos sistemas más complejos. La asignatura pendiente del sostenimiento en el Ejército del Aire es la calidad en sus centros y organizaciones de mantenimiento. Consecuentemente, al igual que los países de nuestro entorno, enfrentados a problemas similares, el Mando del Apoyo Logístico ha dado comienzo a la necesaria y profunda transformación.³⁰⁷

La transformación del sostenimiento en el ámbito del Ejército del Aire, actualmente en proceso, se inició con un proyecto denominado FÉNIX a finales del año 2006.

Como objetivo principal del citado proyecto destaca, el estudio de modelos de mejora de la eficacia operativa de las Maestranzas Aéreas (centros logísticos de mantenimiento de los sistemas de armas).

³⁰⁵ Directiva de Planeamiento de la Defensa 1/2009, de 31 de mayo de 2009, del Jefe del Estado Mayor de la Defensa.

³⁰⁶ DEL CASTILLO MASETE, JUAN ANTONIO (2007) "Transformación del Sostenimiento. Evolución del Concepto", en *Revista Aeronáutica y Astronáutica*, Mayo 2007, pág 410.

³⁰⁷ Ibidem, p. 411.

Como resultado inicial del citado proyecto FÉNIX, se identificaron seis modelos genéricos de externalización, todos ellos compatibles entre sí, en tiempo y en lugar. Ordenados por orden creciente de externalización, son los siguientes:³⁰⁸

- *Modelo MMA-Mejora del modelo actual*- Se pretende alcanzar el máximo de capacidad y eficiencia conforme a las limitaciones de recursos y marco normativo existente.
- *Modelo OAD-Organismo autónomo de Defensa*- A través previsiblemente de la creación de una Agencia estatal se dotaría al sistema de mayor flexibilidad financiera y de gestión permitiendo aumentar la eficacia y la eficiencia de las operaciones, de su control y la capacidad comercial. La gestión de la externalización estratégica se realizaría desde una nueva estructura cuya capacidad de negociación frente a la industria estuviera más equilibrada.
- *Modelo PPP-Partenariado Público privado*- La industria en cooperación con las Fuerzas Armadas y objetivos compartidos desarrollarían conjuntamente la gestión de las actividades de sostenimiento asignando, por ambas partes, personal, instalaciones y equipo.
- *Modelo PPOP- Propiedad Pública Operación Privada*- Instalaciones y equipamiento de titularidad pública, serían operadas por el contratista con su personal, de forma autónoma, para el cumplimiento de unos objetivos propios del Ejército del Aire, compatibles con los objetivos empresariales establecidos.
- *Modelo PI-Privatización de las instalaciones*- Un contratista principal asumirá la propiedad de infraestructuras, instalaciones y equipos en su emplazamiento actual.

³⁰⁸ FERNÁNDEZ –VILLACAÑAS MARÍN, MANUEL (2007) “Externalización del Sostenimiento” en *Revista Aeronáutica y Astronáutica*, Mayo 2007 p. 437.

La aprobación en julio de 2006, de la estrategia de implantación de los referidos estudios, determinó la realización de un proceso de evaluación de dichos modelos, mediante una encuesta a expertos del EA, así como la puesta en marcha de determinados proyectos piloto, de pequeño alcance, que permitieran obtener experiencias empíricas de la aplicación de cada modelo, con el fin de llegar a resultados de carácter general.³⁰⁹

Como resultado de la evaluación, se determinó que la solución estructural obtenida, que resultaba óptima y que encarnaba la preferencia de los encuestados fue el modelo OAD. La segunda preferencia en el orden obtenido fue el modelo PPP.

Igualmente, la referida estrategia de implantación determinó la realización de un análisis comparado, de las soluciones implantadas en Francia, Reino Unido y Alemania. Asimismo, se concluyó que en cualquier caso era necesaria la implantación del MMA, toda vez que un modelo por sí solo no resolvería el problema de una manera global.

Finalmente, como afirma Fernández-Villacañas, cualquiera que sea el modelo de externalización empleado, se debe aplicar el principio de especialización productiva por sistemas de armas, conforme al cual las actividades implicadas en su sostenimiento deberían de ser acometidas por la entidad orgánica, inorgánica o cooperativa que disponga en cada caso del mayor liderazgo técnico pero bajo un enfoque eficiente. La nueva gestión de externalización estratégica proyectaría de este modo a la industria aeroespacial, unas expectativas de negocio y de oportunidades renovadas dentro de un proceso más racional, ordenado y reglado.

Desde aquí, teniendo en cuenta los estudios realizados en el ámbito del Ejército del Aire, consideramos que se deben ensayar fórmulas de colaboración público-

³⁰⁹ FERNÁNDEZ –VILLACAÑAS MARÍN, (2007)

privada, directamente. Para ello, consideramos necesario analizar cómo se articularían desde la perspectiva del seguimiento absoluto de la LCSP.

4.2.3. Contenido del contrato de colaboración público-privada

Desde la promulgación de la LCSP, ámbito del Ministerio de Defensa se han venido realizando estudios conducentes al análisis de la viabilidad de implantación de esta modalidad contractual.

Concretamente, la Secretaría de Estado de Defensa ha confeccionado una guía de utilización de esta nueva modalidad contractual. El citado documento justifica su existencia de la siguiente manera:³¹⁰ *“La falta de suficiente definición en el texto legislativo de este tipo de contratos y la aparición de iniciativas dispersas en el ámbito de las Fuerzas Armadas, justifican la elaboración de este documento que establece criterios específicos para regular el uso de esta modalidad contractual en el seno del Ministerio de Defensa, definiendo:*

- *Características de los CCPP.*
- *Ventajas y riesgos derivados de la adopción de esta fórmula contractual.*
- *Clasificación de los CCPP por su objeto y nivel de dificultad.*
- *Mecanismos para la supervisión y creación de doctrina.*
- *Organización para el desarrollo y ejecución de CCPP.*
- *Procedimiento de presentación de propuestas, definición aprobación de iniciativas de CCPP.”*

³¹⁰ Documento de carácter interno de la Secretaría de Estado de Defensa, titulado “Política de la Secretaría de Estado de Defensa en relación con los Contratos de Colaboración entre el Sector Público y el Privado”.

El valor añadido que aporta el citado documento radica en que refleja un alto grado de aceptación de esta modalidad contractual en el ámbito del Ministerio de Defensa. A su vez, indica de manera clara y precisa el camino a seguir a la hora de decidir la utilización de instrumento contractual.

Destaca, dentro de él, la clasificación que realiza de los distintos contratos de colaboración, en atención a su objeto y dificultad. Así, establece la siguiente clasificación:

Las necesidades del Ministerio de Defensa que podrían ser susceptibles de ser satisfechas mediante CCPP pueden clasificarse en los siguientes grupos:

- Contratos asociados a las necesidades del personal y a las de funcionamiento de los servicios (alimentación, servicios asociados a la calidad de vida de la Fuerza o a la operación de la red hospitalaria, etc.) si los mismos se contratan conjuntamente con la rehabilitación, mantenimiento y explotación de sus correspondientes infraestructuras y equipamientos.
- Contratos asociados a la infraestructura (construcción, rehabilitación, mantenimiento) y a los sistemas de información y comunicaciones desplegables en los teatros de operaciones (desarrollo y explotación).
- Contratos asociados a la disponibilidad y operatividad de los sistemas, distinguiéndose entre el equipamiento desplegable (sistemas de armas), y aquel equipamiento o servicios de apoyo que no son susceptibles de ser desplegados (sostenimiento, entrenamiento, equipos de apoyo, etc.).

En cualquiera de los casos anteriores, la conversión a un CCPP supone transformar en servicio los tradicionales contratos de obra o suministro, lo que genera una liberación de las servidumbres asociadas a la propiedad de los activos, pero introduce dificultades en la especificación de servicios que tradicionalmente han sido

obras/suministros (establecimiento de niveles de servicio, selección de indicadores adecuados, forma de medida de los mismos, etc.).

Por otra parte, atendiendo a la dificultad de ejecución por parte del socio privado y su control por parte de la Administración:

- Se consideran más fácilmente abordables mediante esta forma contractual los relativos a la construcción, mantenimiento y explotación de obras públicas tales como centros de formación y entrenamiento, centros de mantenimiento, centros sanitarios y asistenciales, acuartelamientos, sistemas de información de propósito general, redes de comunicación y vigilancia en el territorio nacional, etc.
- Se consideran de riesgo intermedio, los contratos relativos al sostenimiento de niveles no operativos del armamento y material.
- Se consideran como de alto riesgo aquellas prestaciones que afecten al control operativo de unidades de la Estructura de Fuerza de los Ejércitos.

Habida cuenta de la falta de experiencia en iniciativas de contratos CCPP es recomendable iniciar programas piloto seleccionados entre aquellos que presenten menor dificultad, como es el caso de los contratos de infraestructura, para los que se dispone de amplia experiencia y de un régimen jurídico desarrollado a través de las concesiones.

Pese a esta recomendación, nosotros vamos más lejos y reafirmamos nuestra opinión de que los programas piloto deben basarse en la aplicación de estas fórmulas al mantenimiento de los sistemas de armas, como se ya se ha hecho en países de nuestro entorno.

Como supuestos de partida cabe destacar lo siguiente, en cierta medida expuesto con anterioridad:

La Administración española, y concretamente el Ejército del Aire, cuenta con centros de reparación que tendrían que adaptarse para poder acometer parte de las reparaciones y revisiones del sistema de armas. Son las denominadas Maestranzas Aéreas. Estos centros orgánicos de mantenimiento han sufrido a lo largo de los últimos años una pérdida de capital humano importante, debido a las reducciones de personal y amortización de puestos de trabajo a las que han tenido que hacer frente. Sin ánimo de entrar en el análisis político de estas medidas, lo cierto es que la capacidad operativa de estos centros se ha visto disminuida en gran manera, siendo necesario contratar servicios que antes se acometían en estos centros, directamente al sector privado.³¹¹

No obstante, las instalaciones siguen existiendo y se siguen manteniendo a costa del erario público. Téngase en cuenta que se trata de instalaciones altamente especializadas y complejas.

Como se puede apreciar, inicialmente resulta aconsejable analizar la posibilidad de poner en práctica un contrato de colaboración público-privada para proveer al Ejército del Aire de un sistema integral de mantenimiento.

Como se apuntado en diversas ocasiones a lo largo del presente estudio, este contrato tiene una naturaleza residual, es decir, sólo se debe acudir a él cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el art.118 de la Ley, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas (art.11.2 LCSP).

En principio, el mantenimiento se podría contratar a través de la realización de un complejo contrato de servicios con distintas prestaciones. Ahora bien, no se

³¹¹ FERNÁNDEZ ROCA (2009), p.60

conseguirían los objetivos perseguidos. En primer lugar porque ha quedado demostrada la obsolescencia del sistema³¹². Es decir, la conjugación de contratos de mantenimiento aislados, con la utilización de los centros logísticos, no ofrece resultados aceptables desde el punto de vista económico y operativo.

Los objetivos a cumplir, por tanto, no se limitan al objeto de un contrato de servicios más o menos complejo. Se trata muy al contrario de conseguir los siguientes objetivos:³¹³

- Asegurar la sostenibilidad y aeronavegabilidad de sistemas de armas determinados, mejorando su disponibilidad.
- Dotación de un sistema logístico capaz de generar sostenibilidad a los sistemas de armas en un entorno geoestratégico de Seguridad y Defensa de alta incertidumbre, así como de riesgos y amenazas que se generen en el corto plazo y que demanden la capacidad de proyectar fuerza de manera inmediata en teatros de operaciones distantes y distintos.
- Aumentar la eficiencia del sistema de sostenimiento, optimizando los recursos disponibles, en un escenario de escasez, evitando duplicidades tanto internas como externas, reduciendo los costes y minimizando las inversiones requeridas
- Rentabilizar las capacidades excedentarias sobre la demanda interna de servicios de sostenimiento aéreo del Ejército del Aire, por la explotación de los diferentes recursos de infraestructuras, tecnológicos, bienes de equipo y humanos existentes.

³¹² FERNÁNDEZ –VILLACAÑAS MARÍN, MANUEL (2007)

³¹³ Extracto de memoria justificativa de carácter restringido que estudia la implantación de un contrato mixto para acometer el mantenimiento integral de los aviones C-235.

- Mejorar la capacidad de respuesta logística del Ejército del Aire en un entorno muy evolutivo y complejo, en el cual el papel de la industria aerospacial es clave.

En este entorno, la aplicación de soluciones de sostenimiento adoptadas hasta la actualidad deben ceder el paso a la implantación preferente de soluciones orgánicas mediante el empleo de las capacidades de las Maestranzas Aéreas y Centros Logísticos, pero en régimen de cooperación con la industria. No obstante, debe garantizarse la posibilidad de reversibilidad del proceso de cooperación industrial. De la misma manera debe mantenerse por parte del Ejército del Aire la planificación y dirección estratégica. En este orden de cosas, la única experiencia existente en el ámbito de las Fuerzas Armadas de un proyecto como el que ahora se propone, puso de manifiesto una serie de problemas que se deben considerar de una manera holística. Así, como afirma Fernández Roca³¹⁴, se pusieron de relieve distintas carencias y falta de capacidades, de todo tipo entre las que destacan la falta de una contabilidad de costes unificada a nivel Fuerzas Armadas, así como problemas organizativos tanto desde el lado de la industria como desde el de la propia organización de las Fuerzas Armadas, en ese momento.

En este contrato, el socio privado realizaría un mantenimiento integral de la flota, pudiendo explotar las capacidades de las Maestranzas tanto para beneficio del contrato propiamente dicho como para el de la propia empresa, siempre que no menoscabe la ejecución del primero. Como contraprestación, el operador privado debe hacerse cargo del mantenimiento y modernización de las citadas instalaciones.

Estamos, por tanto, ante algo más complejo que un contrato mixto de servicios y suministro. Además, la forma de remuneración debe establecerse en base al nivel

³¹⁴ FERNÁNDEZ ROCA (2009), pp 144-145

disponibilidad del sistema de armas conseguido por el contratista. Es decir, se introduce el ya explicado sistema logístico basado en la ejecución PBL.

Esta remuneración se debe combinar con la resultante de poder utilizar las instalaciones de las distintas Maestranzas, por parte del contratista para expandir su negocio a otros usuarios del mismo sistema de armas.

Así, siguiendo el contenido del artículo 120 de la LCSP, el contenido del contrato debe incluir las siguientes cláusulas, que obviamente reflejarán el resultado de las negociaciones previas llevadas a cabo a través del diálogo competitivo.

a) Identificación de las prestaciones principales del objeto del contrato:

El objeto principal será el mantenimiento integral del sistema de armas. Por ello se debe entender, toadas aquellas actividades principales y accesorias que conduzcan a una alta disponibilidad del sistema de armas, comprendiendo entre otras:

- La compra y gestión de repuestos (incluyendo transporte) y su almacenaje.
- La realización de revisiones programadas en los sistemas de armas.
- La realización de reparaciones no programadas en los sistemas de armas.
- Obras de adecuación y reforma necesarias para la utilización de las Maestranzas y de sus instalaciones complejas en tanto, en cuanto vayan a ser utilizadas para la ejecución del contrato.

b) Condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista.

Siguiendo la clasificación que realiza EUROSTAT, manual SEC-95,³¹⁵ cabe distinguir dos tipos de riesgos en este proyecto, los que afectan al proceso de construcción y los que afectan a la realización de la actividad.

En cuanto a la construcción se refiere, el riesgo es despreciable, pues sólo afectaría en su caso, a la realización de grandes obras en las Maestranzas. Podría no obstante, evaluarse un riesgo de falta de disponibilidad de instalaciones que impidan la realización de actividades contratadas. En nuestro caso, dependiendo de la evaluación que se haga del estado de las instalaciones consideradas necesarias dentro de las Maestranzas, se podría concluir que existe un riesgo de construcción, que en cualquier caso sería asumido por el contratista.

En cuanto al riesgo asociado a la actividad se refiere, éste sería fundamentalmente asumido por el contratista. Si tenemos en cuenta que la remuneración del contratista será definida por una cuantía fija al año, más una parte variable atendiendo a criterios de disponibilidad que se concreta en la entrega del volumen de horas de vuelo mínimas contenidas en el contrato, más el cumplimiento de una serie de estándares de calidad establecidos en el mismo, el incumplimiento de estas obligaciones se verá acompañado de una reducción de la parte variable de la remuneración. Esto implica en la práctica el traslado del riesgo de disponibilidad al operador privado, esta circunstancia encuentra su base legal en el contenido del artículo 11.4 de la LCSP, según el cual *“la contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que satisfará durante toda la vida del contrato y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento”*

Existe no obstante, otro tipo de riesgo asociado a la actividad³¹⁶ según EUROSTAT, que es independiente del comportamiento del socio privado. Este riesgo

³¹⁵ Documento de carácter interno de la Secretaría de Estado de Defensa, titulado “Política de la Secretaría de Estado de Defensa en relación con los Contratos de Colaboración entre el Sector Público y el Privado”. Op cit.

está compuesto por los riesgos asociados al ciclo económico, a las nuevas tendencias del mercado, a la competencia y a la obsolescencia tecnológica.

En el proyecto ahora objeto de estudio, se debe distinguir entre los riesgos asociados al ciclo económico y a las nuevas tendencias en el mercado, del riesgo de competencia y obsolescencia.

Los dos primeros riesgos, es decir el asociado al ciclo económico y a las nuevas tendencias en el mercado, estarían cubiertos por la parte de remuneración fija que recibiría el contratista cualquiera que fuese el nivel de prestación alcanzado. De acuerdo con la Oficina Estadística Europea se trataría de *“aquellas variaciones en la demanda (superior o inferior a la prevista en el momento de firmarse el contrato)”* que no dependen de la actuación del socio privado. En otras palabras un desplazamiento de la demanda no puede estar vinculado a una cantidad insuficiente de los servicios prestados por el socio, sino que resulta de otros factores como pueden ser el ciclo económico u la misma obsolescencia tecnológica.³¹⁷ El reparto del riesgo entre entidad pública y socio privado se realiza mediante cláusulas de revisión específicas establecidas en función del nivel de demanda. Por eso resulta imprescindible la identificación de riesgos variación de demanda sobre los niveles previstos en el contrato o alguna incertidumbre asociada con la determinación de la misma.

Otro factor relevante que debe tomarse en cuenta a estos efectos es precisamente, la duración del contrato pues cuanto mayor sea ésta mayor es el riesgo de desviaciones importantes en relación con las estimaciones de demanda previstas en el mismo.

³¹⁶ Ibídem

³¹⁷ Op cit en nota 70

En definitiva este proyecto participaría de las características propias del llamado Contrato *Off-take* (o precio mínimo garantizado)³¹⁸ según el cual la administración se compromete a adquirir una cantidad mínima de producto a un determinado precio. Con ello, el socio privado intenta asegurar que el producto genere suficientes ingresos para cubrir el servicio de la deuda, así como los costes operativos y un razonable retorno de la inversión. Este mínimo coincidiría con los servicios de revisión periódica necesarios para la operatividad del sistema de armas.

En cuanto a los otros dos se refiere, competencia y obsolescencia tecnológica, el primero no existirá en nuestro proyecto, pues no habría competencia entre contratistas.

El segundo, la obsolescencia tecnológica, sería compartida entre la Administración y el contratista. Esto debe ser así, por dos razones, la primera porque la mitigación de la obsolescencia es parte del contrato de mantenimiento, y la segunda porque para poder realizar estas actividades de mantenimiento se necesita actualizar periódicamente las instalaciones técnicas necesarias para llevar a cabo el objeto del contrato.

La forma de compartir este riesgo se reflejará, una vez más, en la remuneración, concretamente en la parte fija de la misma.

c) Objetivos de rendimiento asignados al contratista, particularmente en lo que se refiere a la calidad de las prestaciones de los servicios.

³¹⁸ HOFFMAN, S.L, Law Business of International Project Finance, Kluwer Law International, 1998, pág 414 (citado por VAÑO, VAÑO, El contrato de Project Finance, op. cit).

Siguiendo los modelos explicados con anterioridad,³¹⁹ implantados en países de nuestro entorno, este contrato tendrá establecidos unos objetivos mínimos de rendimiento, que serán actualizados a lo largo de la vida del contrato.

Por su parte, la calidad de las prestaciones está detallada en los manuales de configuración del sistema de armas, en los que se determinan las normas de calidad aplicables a cada actividad.

d) Remuneración del contratista

La remuneración del contratista o socio colaborador, debe estar fijada por el órgano de contratación en el momento de la adjudicación. Como se ha indicado ya en varias ocasiones, debe estar compuesta por una parte fija y otra variable.

La cuota fija debe cubrir los riesgos asociados al ciclo económico y otros ajenos totalmente a la actividad propia del contratista.

En la determinación de la cuota fija se debe tener en cuenta, siguiendo a Martínez Fuentes, si bien no estrictamente relacionado con el proyecto que nos ocupa:³²⁰

- La existencia de costes indirectos que deben repercutirse como coste del servicio y los mecanismos de su valoración e imputación.
- Valoración del coste de las obras, e instalaciones que vayan a ser utilizadas para la realización del servicio.

³¹⁹ *Ibídem.*

³²⁰ MARTÍNEZ FUENTES (2006) Comunicación al II Congreso Nacional de Auditoría del Sector Público: *“El Control de las Concesiones y servicios prestados de forma externalizada”* Sevilla.

- Criterios de amortización de dichos elementos, así como la necesidad o no de dotar de un fondo de reversión.
- Política retributiva y de negociación con el personal.
- Los ingresos o decrementos de costes que de forma accesoria puedan producirse en la prestación del servicio.

En el proyecto ahora objeto de estudio, las obras y su coste se referirán a las que hubiese que acometer en las instalaciones de las Maestranzas utilizadas. Ahora bien, resultaría necesario deducir en algún momento del contrato el ahorro que supone al operador privado utilizar dichas instalaciones sin la necesidad de haber invertido nada más que la parte correspondiente a su actualización y puesta al día. No se debe olvidar que estas instalaciones podrán ser utilizadas por el operador privado para su propio beneficio.

En cuanto a la política retributiva y de negociación de personal se refiere, se estaría a las tarifas anualmente aprobadas para el sector concreto atendiendo a los convenios colectivos correspondientes. No obstante cada año el Grupo de Evaluación de Costes del Ministerio de Defensa, negocia y aprueba tarifas relativas a mano de obra aplicable al sector, que se tendrían en cuenta, a la hora de determinar la remuneración fija.

La posibilidad de utilización de las instalaciones públicas para uso propio del socio colaborador, dará lugar a una serie de prestaciones, como mínimo similares a las que presta a la Administración, que redundarán en un beneficio para el socio. Como contraprestación por esa cesión temporal, el socio colaborador deberá ofertar una reducción en sus tarifas a la Administración. La forma de determinar el exacto porcentaje en que vendría valorada la reducción aludida, dependería tanto del número de instalaciones, como de la mayor o menor inversión que necesitase su mantenimiento. En cualquier caso, esta parte sería un elemento más de la parte fija, que podría tener también su reflejo en la fórmula de variación de precios.

Por último, como ya se ha apuntado en los párrafos anteriores, el contrato debe contener cláusulas de variación de precios, que tomen en consideración los incrementos de precios de materiales y de los tipos de interés del mercado financiero.

e) Fórmulas de control por parte de la Administración de la Ejecución del contrato, especialmente en relación con los objetivos de rendimiento, así como las condiciones en las que se puede producir la subcontratación.

El ejercicio del control por parte de la Administración de este tipo de contratos, debe llevarse a cabo, en dos momentos distintos, en la fase de preparación y adjudicación del contrato y durante la ejecución del mismo.³²¹

En cuanto al primer momento se refiere, se analizará posteriormente a la hora de estudiar las fases de preparación y adjudicación del contrato.

Respecto a la segunda, de alcance general, se trata de la verificación periódica y concomitante, del cumplimiento de las misiones encomendadas al operador privado, en términos de costes y calidad del servicio, en orden a satisfacer las obligaciones que dimanen del cumplimiento del contrato. En este supuesto, además de la función estricta del control financiero permanente, sobre el expediente de gasto recae la preceptiva función fiscalizadora.

Por otro lado, en este tipo de contratos son habituales las cláusulas denominadas “*step in*”, que actúan como niveladores automáticos por parte del operador público, en caso de descenso del flujo financiero del proyecto, e incluso pueden operar como instrumentos automáticos de rescisión del vínculo contractual

³²¹ GARCÉS SANAGUSTÍN, M. “El control de los contratos en la colaboración público-privada” en la Revista Presupuesto y Gasto Público nº 45-(4/2006) del Instituto de Estudios Fiscales. pp. 117-127.

cuando tal disminución sea insostenible para el órgano adjudicador. Habida cuenta del efecto económico de esta contingencia, el control debería comprender el análisis de las causas de estas disminuciones, así como de la actuación del órgano adjudicador frente a las mismas.

Por último hay modificaciones que se producen a lo largo de la vida del contrato, imprevistas contractualmente y que pudieran ser aceptables cuando un acontecimiento imprevisible las hace necesarias o cuando estén justificadas por razones de interés público. Algunas de esas modificaciones, por su intensidad objetiva o temporal, comportarían un nuevo contrato, de tal modo que corresponde al control financiero permanente verificar que por la vía de la aceptación de esas modificaciones no se está desnaturalizando la concurrencia originaria y, por ende, se está impidiendo convocar un nuevo concurso.³²²

Siguiendo a Garcés Sanagustín³²³, la implantación de este tipo de contratos exige reflexionar acerca, al menos sobre dos posibles variables del control complementarias a la ya analizada:

La primera de ellas, de raíz legal, se basaría en el reconocimiento en la propia Ley General Presupuestaria de una auditoría específica típica, que bajo la denominación de auditoría de CPP, se incluyese en el inventario del artículo 169 y siguientes del citado cuerpo legal.

Los resultados de la auditoría versarían sobre la gestión de la actividad, extendiendo el examen a la comprobación del cumplimiento de los fines, en

³²² En este sentido véase el Asunto C-337/98, Comisión contra Francia, Sentencia de 5 de octubre de 2000.

³²³ Op cit.

condiciones de calidad, excelencia y eficiencia, los costes de ejecución de la actividad, y los flujos financieros en forma de precios para la Administración.

Esta fórmula de auditoría específica tendría efectos extramuros de la Administración, toda vez que se realizaría en sede del socio privado, al que, en buena lógica, debería remitirse, "prima facie", el informe emitido por el órgano de control. Recibidas las correspondientes alegaciones, correspondería remitir el informe al órgano adjudicador/socio público para atender las recomendaciones que estimase oportunas.

La segunda de ellas, de raíz convencional, consistiría en imponer el deber al adjudicatario, en el pliego de cláusulas administrativas, de someterse a las pruebas de auditoría de la Intervención General con el alcance y objeto definidos en el párrafo anterior.

f) Régimen jurídico del contrato

El contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 289 de la LCSP, se regirá en cuanto a efectos, cumplimiento y extinción, por las normas de carácter general contenidas en el título I del libro IV, y por las especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal de aquél. En nuestro caso serían las relativas al contrato de servicios.

g) Duración del Contrato

Siguiendo, de una manera práctica, experiencias comparadas, la duración inicial de este contrato debería de 10 años prorrogables por tres periodos consecutivos de cinco años cada uno. Las razones que aconsejan esta duración son las siguientes:

- La necesidad de permitir al operador privado recuperar las inversiones a las que haya lugar.
- La necesidad de poder retornar al mantenimiento tradicional en caso de demostrarse que no es eficiente ni eficaz este tipo de contratación.
- La vida operativa de un sistema de armas de este tipo no suele pasar de 30 años.

4.2.4. Actuaciones preparatorias y adjudicación del contrato

Como ya se ha puesto de relieve en capítulos anteriores dentro de las actuaciones preparatorias cabe distinguir como fases distintas el documento de evaluación y el programa funcional.

En cuanto a la primera fase se refiere, se trataría de justificar que estamos ante un contrato complejo y que la fórmula contractual de la colaboración presenta ventajas comparativas con respecto a otras formas contractuales (art.134.1 TRLCSP).

En el caso que nos ocupa, la justificación encontraría su base en que existe la necesidad de una implicación mayor del operador privado, toda vez que un simple contrato de servicios resulta insuficiente para una eficiente y eficaz realización del objeto del contrato.

La ventaja comparativa que se obtendría, se demostraría con ejemplos existentes en nuestro entorno que han adoptado un modelo de logística basada en la ejecución. Esto es, el operador privado, contará con una incentivación importante, en tanto en cuanto su retribución final y por tanto el beneficio a alcanzar dependerá del grado de ejecución del contrato, así como de la calidad de las prestaciones. Por otro lado, el hecho de poner a su disposición instalaciones técnicas complejas, despoja al contrato de cualquier consideración simplista del mismo.

Asimismo, el citado documento debe contener una sucinta justificación de la imputación de riesgos, así como los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomiendan esta fórmula de contratación.

En nuestro supuesto destacaremos, que en cuanto a la imputación de riesgos se refiere, el operador privado asume el riesgo de disponibilidad, construcción y en cierta medida de demanda. En cualquier otra fórmula de contratación, estos riesgos serían íntegramente soportados por la administración.

En cuanto a la ventaja financiera se refiere, el coste a lo largo del contrato irá disminuyendo. Pues en primer lugar, la remuneración del socio privado depende de ello. En segundo lugar, cuanto más disponibilidad sea capaz de dotar el socio privado al sistema de armas, incurrirá en menos gastos, ya que habrá menos reparaciones y por ende más capacidad excedentaria de las instalaciones, que éste podrá utilizar en beneficio propio.

Por último, desde el punto de vista administrativo, la existencia de un único contrato integral de mantenimiento simplifica la gestión administrativa que genera una diversidad de ellos en cualquier otro sistema de mantenimiento.

Finalmente, como señala el propio art. 134.3 de la TRLCSP, el documento de evaluación será sometido a la consideración de un órgano colegiado en el que se integren expertos con cualificación suficiente en la materia sobre la que verse el contrato.

La segunda fase en las actuaciones preparatorias está presidida por el programa funcional, que se incorpora al documento descriptivo del contrato (art.135 TRLCSP). El documento descriptivo no es sino una justificación de la necesidad del contrato para atender las necesidades de la administración.

El programa funcional, sin embargo, surge de la evaluación previamente realizada que se sitúa como pieza básica para centrar el futuro diálogo con los candidatos a la adjudicación del contrato, y al menos ha de identificar *“la naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer, los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que deben incluir necesariamente las ofertas para ser admitidas al diálogo competitivo, y los criterios de adjudicación del contrato”* (art.135 TRLCSP).

Una vez concluidos estas dos primeras fases del procedimiento de adjudicación, en nuestro caso cabe preguntarse si se será de aplicación la obligación de solicitar al menos tres ofertas o no, dado el contenido del propio contrato.

En el caso que nos ocupa, no resulta inicialmente posible que otros empresarios que no sean los propios fabricantes del sistema de armas puedan ser adjudicatarios del contrato que se pretende. Aunque la propiedad industrial es propiedad de las naciones inversoras, la información relativa al sistema de armas, tanto a su desarrollo como a su diseño, no es pública.

Por tanto, el contrato tan sólo puede ser adjudicado a las empresas fabricantes del sistema de armas. Aunque esta posibilidad no esté contemplada en el TRLCSP, cuando regula el diálogo competitivo, consideramos que resulta por analogía la aplicación del artículo 170 d) y g) relativo a la utilización del procedimiento negociado sin publicidad.

No obstante lo anterior, el desarrollo del diálogo se hará de acuerdo con el dictado del TRLCSP. Y en definitiva, la adjudicación se basará en los términos sobre los que se haya negociado la oferta.

Como se ya se ha apuntado, el diálogo competitivo versará sobre la definición de los medios adecuados para satisfacer las necesidades de mantenimiento del sistema de armas en las condiciones aludidas

4.3. LA GESTIÓN DE LAS COLABORACIONES PÚBLICO-PRIVADAS: LAS AGENCIAS

4.3.1. Consideraciones generales

La gestión de los programas de obtención de armamento, siempre han contado con un instrumento especializado para su realización. Normalmente se han nutrido de personal altamente cualificado, perteneciente a las naciones participantes en el programa concreto. Estas agencias actúan en nombre y representación de las Naciones participantes.

El buen resultado que ha dado su implantación, ha llevado a determinadas naciones a plantearse reproducir su esquema de trabajo en el ámbito nacional. Pero lo más destacado de este fenómeno es su definitiva implantación en el ámbito europeo de forma institucionalizada. Así, recientemente se crearon dos agencias en éste ámbito, que refuerzan el argumento de la necesidad de la especialización y dedicación exclusiva como forma de gestión eficiente de la adquisición y mantenimiento de material militar.

Ante el reto que nos hemos planteado a lo largo del presente trabajo, esto es, el estudio de la posibilidad de implantación de la colaboración público-privada en el ámbito del Ministerio de Defensa, cabe afirmar que la gestión de las citadas colaboraciones, en atención a su carácter complejo, tanto desde el punto de vista técnico, como contractual y financiero, debe realizarse desde una entidad especializada. Esta entidad debe contar con la necesaria flexibilidad desde el punto de vista de las normas que rigen su funcionamiento como desde la perspectiva presupuestaria.

Considerando las más recientes tendencias internacionales y sobre todo europeas, conviene analizar la posibilidad de implantación de una agencia de este tipo en el ámbito del Ministerio de Defensa. Toda vez que, como ya se ha expuesto en

párrafos anteriores, uno de los grandes problemas que afectan a la gestión de los programas de obtención de armamento es precisamente el modelo institucional de gestión de los mismos.

Como se puso de relieve en el informe de la Secretaria de Estado de Defensa, relativo al modelo institucional³²⁴ los problemas que plantean la adquisición de estos complejos sistemas de armas son comunes a todos los países de nuestro entorno. Lo que varía es la adecuación que da cada país a esas dificultades connaturales al entorno. Pues bien, esa respuesta se caracteriza a España – y este es un elemento diferenciador frente a otros países- por la dispersión y falta de especialización de la organización de adquisiciones. Estados Unidos, Francia, Alemania, Reino Unido, Suecia Noruega, Finlandia, Italia o Israel, por poner algunos ejemplos de los países más relevantes en el desarrollo de estas políticas, tienen organizaciones administrativas únicas especializadas con responsabilidad en el conjunto de las adquisiciones para la defensa. En nuestro caso, el Ministerio de Defensa no cuenta con una organización especializada que de forma coherente gestione estos programas.

Esta falta de cohesión ha dado lugar a una gran parte de los problemas que enfrenta la gestión de nuestros programas. Así, el control administrativo no ha podido desarrollarse en la medida deseada. Los riesgos financieros, tecnológicos y de demanda han sido asumidos por la Administración sin el más mínimo rigor en cuanto a su extensión y naturaleza se refiere. Casi con toda seguridad, de haber contado con una organización especializada y dirigida de forma centralizada, se hubieran evitado muchos de los problemas con los que cuentan este tipo de programas en la actualidad.

³²⁴ Informe nº3 de análisis y propuestas de mejora del modelo de gestión del sistema de adquisiciones . págs 8 y ss.

4.3.2. Análisis de la situación actual e identificación de los principales problemas del modelo organizativo del sistema de adquisición de armamento y material

El modelo organizativo empleado actualmente para desarrollar la tarea de adquisición de armamento y material se basa en el principio de dirección centralizada y ejecución descentralizada, en base al cual el órgano Central (Ministerio de Defensa) es el responsable de la dirección de los programas, mientras que los Cuarteles Generales, y en contadas ocasiones la Dirección General de Armamento y Material (DGAM), tiene asignada la gestión directa sobre los mismos.³²⁵

No obstante, la efectiva puesta en práctica de este principio no ha tenido lugar en la realidad. De hecho, la gestión actual de los programas de obtención de armamento se caracterizan por un alto grado de descentralización, así en la práctica ésta recae en seis órganos de gestión distintos sin ninguna conexión real entre ellos.

El Modelo establece una doble dependencia para las oficinas de programa, que son las que ejercen las tareas de gestión directa sobre los mismos, las cuales dependen orgánicamente de los Cuarteles Generales y funcionalmente de la DGAM, DIGENECO y DIGENIN, en base a las competencias asignadas a cada una de estas Direcciones Generales en el RD 1287/2010 de 15 de octubre por el que se regula la estructura orgánica básica del MINISDEF.

La situación de partida de este modelo es la adquisición autónoma de cada ejército de su material y equipo. Si a esta situación inicial, añadimos, la gestión descentralizada que la siguió, llegamos a las siguientes conclusiones, puestas de relieve en el ya reiterado informe de análisis y propuestas de mejora realizado por la Secretaria de Estado en el 2011:

³²⁵ *Ibidem*

Las consecuencias más relevantes de esta situación son las siguientes³²⁶ a saber:

- Se difumina la frontera entre el planeamiento de las capacidades militares y el planeamiento de recursos materiales.
- El gestor de programas no dispone de la suficiente autonomía para ejercer su trabajo de forma objetiva, lo que provoca que suelen prevalecer criterios de usuario sobre los criterios técnicos, económicos y de coste-eficiencia en el consumo de los recursos públicos.
- No existen mecanismos de control externo sobre las adquisiciones que velen de forma efectiva por los resultados obtenidos ni por la eficiencia en el consumo de los recursos públicos.
- Existen problemas de coordinación que impiden una gestión integral y coherente sobre todos los ámbitos del programa.
- No hay una cultura de gestión, ni metodologías que contribuyan a la construcción de ésta.
- Aparecen problemas asociados a los recursos humanos, principalmente relacionados con deficiencias en la organización y con la falta de capacitación experta en la gestión de los programas.

Como conclusión, podemos afirmar que los problemas enunciados dan lugar a una posición de débil de la Administración frente a la Industria. Conviene resaltar que, a pesar del discurso recurrente de la industria con respecto a los objetivos perseguidos con la acometida de estos programas, los objetivos de ésta y de la Administración no son totalmente coincidentes. De ahí que, una posición débil de la Administración implica un beneficio mayor de la industria.

³²⁶ *Ibidem*

En definitiva, a título de resumen, los problemas más importantes que se deben atajar en cuanto al modelo de gestión se refiere son la dispersión de competencias, la redundancia de estructuras y el asociado a ambas, esto es la imposibilidad de beneficiarse de las sinergias que se podrían generar de ser el modelo de otra manera.

Una vez esbozados los problemas que afectan a la gestión de los programas de armamento, resulta necesario analizar los modelos de gestión de algunos de nuestros países socios en muchos de los programas.

4.3.2. Análisis de los modelos organizativos empleados por otros países

Los países seleccionados para realizar el correspondiente análisis de su modelo organizativo en el citado informe de la Secretaria de Estado que nosotros seguimos por considerarlo el único relevante sobre la materia, son Alemania, Francia, Reino Unido y Estados Unidos debido a su reconocido prestigio y a la experiencia acumulada en el ámbito de la gestión de adquisiciones de la defensa. El hecho de que estos países sean aliados de España y que participen en misiones conjuntas con nuestro país, también han sido tenidos en cuenta a la hora de realizar la selección de países objeto de estudio.³²⁷

Se pueden destacar como notas comunes más importantes a todos los modelos objeto de análisis, la actividad multidisciplinar desarrollada en el seno de las respectivas organizaciones; el comportamiento e implicación de la industria en los programas orientada hacia el fin de mantener una base tecnológica capaz y competitiva que permita la satisfacción de las necesidades de las Fuerzas Armadas nacionales; las organizaciones son responsables de los resultados obtenidos, ya que su

³²⁷ *Ibidem*

actividad está orientada a la maximización de los resultados al menor coste posible, ello conlleva la realización de un adecuado control y reparto de riesgos, así como un adecuado control administrativo interno y externo de la gestión; por último, las organizaciones son conjuntas y altamente especializadas, salvo en los Estados Unidos debido al volumen de adquisiciones que se gestiona en la citada nación, donde existen varias organizaciones si bien con un alto índice de especialización cada una de ellas.

La situación en estas naciones no ha sido siempre así, de hecho existe cierto paralelismo entre los males que actualmente afectan a nuestro modelo y los que las primeras sufrieron tiempo atrás.

A) Modelo alemán

La organización responsable de satisfacer las demandas de armamento y material de las Fuerzas Armadas alemanas es la BWB (*Bundesamt für Wehrtechnik und Beschaffung*), de carácter civil y centralizado. Se constituyó a mediados de los años 50 con la creación del Ministerio de Defensa. Actúa con gran nivel de autonomía bajo la dependencia del Director General de Armamento y Material. Éste es responsable del planeamiento y de la relación con los usuarios, mientras que la BWB, se encarga de la gestión de los programas.³²⁸

El director de la BWB, presenta los programas al Parlamento que es quien los aprueba, a través de la Comisión de Defensa del citado Parlamento.

Como ya se indicado anteriormente, para la propia gestión de los programas se valen de equipos integrados de carácter multidisciplinar.

³²⁸ *Ibidem*

B) Modelo de los EEUU

En 1986 la comisión Packard³²⁹ elaboró el documento *"A Quest for Excellence"*, en el que se enunciaban varias recomendaciones en cuanto a la creación de organismos especializados para la adquisición de sistemas de defensa (el Ejecutivo de Adquisiciones de Defensa, los Ejecutivos de Adquisiciones de los Servicios Armados y la creación de la figura Oficiales Ejecutivos de Programa) y para el impulso de programas de desarrollo profesional, con el fin de mejorar la gestión de las adquisiciones de defensa tendiendo hacia una mayor especialización y profesionalización.

Aunque el sistema está basado en principios y políticas centralizados, permite la ejecución de las actividades de adquisición en forma descentralizada y eficiente a través de los distintos servicios (Army, Navy, USAF y Marines, que cuentan con agencias especializadas de adquisiciones). Este modelo proporciona flexibilidad y fomenta la innovación, mientras que mantiene un estricto énfasis en la disciplina y la responsabilidad de los distintos agentes que participan en el proceso.

Por último cabe destacar el establecimiento de una política de adquisiciones denominada *"just good enough"*, dirigida a evitar las sobre-especificaciones de los requisitos de los sistemas de armas demandados, y que se basa en la adquisición de sistemas que cumplen los requisitos mínimos y resultan económicamente más asequibles en vez de adquirir a toda costa sistemas con mayores prestaciones pero con un coste inasumible.

C) Modelo francés

En 1995 el Ministro de defensa, Charles Million, estableció un Comité Estratégico para efectuar una gran revisión del sector de la defensa y de la política de

³²⁹ *Ibidem*

adquisiciones, con el fin de superar los problemas financieros existentes en la base industrial de la defensa y la necesidad de modernizar las fuerzas Armadas para estar acorde a los nuevos conceptos de seguridad. Este Comité entregó una serie de recomendaciones en el ámbito de su competencia de las que se derivó el documento “*Un Defense Nouvelle 1997-2015*” publicado en 1996.³³⁰

Esta circunstancia provocó la evolución hacia una organización matricial en la que los especialistas fueron centralizados, la DGA(*Délégation Générale pour l'Armement*). Evolución que de alguna manera se propone en la presente tesis.

Los principios que inspiran la citada organización en su forma de actuación, son la consecución de la eficiencia en las adquisiciones mediante la introducción de la licitación competitiva, un adecuado reparto de riesgos entre los agentes implicados y la introducción de financiación privada. Para poder llevar a cabo la consecución del objetivo propuesto, cuenta con personal altamente especializado.

D) Modelo británico

El proceso de adquisición es responsabilidad de una organización conjunta, la agencia DE&S, *Defence Equipment and Support*, que además de las tareas de obtención asume funciones de apoyo logístico.

La estrategia de obtención define los objetivos (prestaciones, costes y plazos) a través de los cuales se mide el éxito o fracaso del programa en términos de gestión.

La administración directa del programa se articula a través de los equipos integrados de gestión (IPMT) que poseen un enfoque multidisciplinar. Al igual que en

³³⁰ *Ibidem*

el caso de los EEUU, los IPMT suelen integrar a personal de la propia industria participante en el programa.

Con el fin de aprovechar al máximo la experiencia, la DE&S sigue un enfoque de ciclo de vida en sus diferentes IPMT. Es decir, que éstos se constituyen en la fase conceptual y evolucionan durante la fase de obtención y la fase de entrada en servicio, variando el los especialistas implicados en función de las necesidades técnicas y de gestión de cada fase, estableciendo un proceso de rotación ordenado del personal, asegurando la continuidad en la gestión y maximizando el aprovechamiento de la experiencia.

Como ejemplo ilustrativo de la flexibilidad que posee el sistema de adquisiciones británico, cabe destacar que, desde que se definió el concepto de IPMT hasta que se puso en funcionamiento, se reubicaron unos 10.000 efectivos constituyendo unos 130 IPMT s en 18 meses³³¹.

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta ahora, en relación con las formas de actuación y los agentes implicados en nuestro entorno aliado, conviene señalar que las características comunes a todos los modelos analizados se centran en gestionar los programas y el posterior sostenimiento de sus resultados, a través de entidades descentralizadas y especializadas, y más concretamente a través de agencias.

Las agencias como entidades de gestión, como ya hemos visto, se han ido implantando en el ámbito interno de los países analizados durante las últimas décadas, con bastantes buenos resultados. Ahora bien, este modelo de gestión no es nuevo en el campo de la cooperación internacional, es más se trata de una importación de lo conseguido en este ámbito al entorno nacional. Por ello, resulta necesario reseñar el funcionamiento de éstas y estudiar su posible importación al ámbito de nuestra

³³¹ *Ibidem*

administración, habida cuenta de la promulgación de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de agencias estatales para la mejora de los servicios públicos.

4.4. LAS AGENCIAS EN EL ÁMBITO DE LA DEFENSA EUROPEA: LA EDA Y LA OCCAR³³²

Antes de entrar en el estudio pormenorizado de la implantación de una agencia de adquisiciones en el ámbito del Ministerio de Defensa español, conviene familiarizar al lector con las agencias existentes en la actualidad en el ámbito europeo de carácter multinacional de las cuales cabe extraer aspectos de funcionamiento importables a nuestro modelo.

4.4.1. La EDA

El Consejo Europeo de Salónica de 2003 encomendó a las instancias competentes del Consejo que se emprendieran las acciones necesarias con miras a la creación, en el transcurso de 2004, de una agencia intergubernamental en el ámbito del desarrollo de las capacidades de Defensa, la investigación, la adquisición y el armamento.³³³

Dicha agencia, que estaría bajo la autoridad del Consejo, y abierta a la participación de todos los Estados miembros, tendría por objetivo el impulso de las capacidades de defensa en el ámbito de la gestión de crisis, el fomento y la intensificación de la cooperación europea en materia de armamento, el fortalecimiento de la base tecnológica e industrial de la defensa europea (BTID) y la creación de un mercado europeo competitivo de material de defensa, así como el

³³² Una visión más detallada sobre las agencias de defensa en el ámbito europeo puede encontrarse en la Monografía del CESEDEN n° 107 del año 2009.

³³³ INTERVENCIÓN GENERAL DE LA DEFENSA (2005), pp. 294 y ss.

fomento, en relación con las actividades de investigación comunitarias, en su caso, de una investigación que permita alcanzar una posición de vanguardia en tecnologías estratégicas para las futuras capacidades de Defensa y seguridad, fortaleciendo así el potencial industrial de Europa en este ámbito.

La creación de dicha agencia contribuiría a la aplicación de la PESC y en particular de la PESD. El proyecto de Tratado por el que se instituye una constitución Europea también contemplaba la creación de la misma.

El 12 de junio de 2004, se adopta la Acción Conjunta Común 2004/551/PESC del consejo, relativa a la creación de la Agencia Europea de Defensa.

Se crea en el ámbito del desarrollo de las capacidades de defensa, la investigación, la adquisición y el armamento.

La EDA actuará bajo la autoridad del Consejo, en apoyo a la PESC y la PESD, dentro del marco institucional único de la UE y los organismos del Consejo. La EDA estará abierta a la participación de todos los Estados miembros de la UE y su sede se sitúa en Bruselas.

Tendrá como misión apoyar al Consejo y a los Estados miembros en su esfuerzo por mejorar las capacidades de defensa de la UE en el ámbito de la gestión de crisis y respaldar la PESD en su situación actual y conforme vaya evolucionando en el futuro.

Los principales ámbitos de trabajo de la EDA serán los siguientes.³³⁴

1. Desarrollo de capacidades de defensa en el ámbito de la gestión de crisis, en especial mediante:

³³⁴ *Ibidem*.

- La determinación, en asociación con las instancias competentes del Consejo y recurriendo al mecanismo de desarrollo de capacidades (MDC), de las futuras necesidades en capacidades de defensa de la UE en términos cuantitativos y cualitativos (tanto por lo que se refiere a las fuerzas como al equipamiento).
- La coordinación de la ejecución del PAEC y de cualquier plan que le suceda.
- El examen, apreciación y evaluación, en función de unos criterios que habrán de acordar los Estados miembros, de los compromisos de capacidades asumidos por éstos a través del proceso PAEC y recurriendo al MDC.
- El fomento y la coordinación de la armonización de las necesidades militares.
- La determinación de la propuesta de actividades de colaboración en el ámbito operativo.
- La presentación de evaluaciones de las prioridades financieras en los ámbitos de desarrollo de capacidades y de la adquisición.

2. Fomento y mejora de la cooperación europea en materia de armamento, especialmente mediante:

- El fomento y la propuesta de nuevos proyectos multilaterales de cooperación con el fin de dar respuesta a las necesidades de la PESD en materia de capacidades, tanto en su estado actual como en su evolución futura.
- Una labor de coordinación de programas existentes aplicados por los Estados miembros.
- La asunción, a petición de los Estados miembros, de la responsabilidad de la gestión de programas específicos (a través de la OCCAR o si procede, de otros sistemas de gestión de programas).
- La promoción de una contratación rentable y eficaz mediante la determinación y difusión de las mejoras prácticas.

3. Fortalecimiento de la BTDI y fomento de la creación de un mercado europeo de material de defensa que sea competitivo en el ámbito internacional, especialmente mediante:

- El desarrollo de políticas y estrategias adecuadas, en consulta con la Comisión Europea, y si procede, con la industria.
- La prosecución del establecimiento y la armonización, en el ámbito de la Unión Europea, de las normas y reglamentaciones pertinentes (en particular mediante la aplicación en el ámbito de la UE de las normas pertinentes del Acuerdo Marco de Farnborough).

4. Aumento de la eficacia de la investigación y tecnología europea de defensa mediante:

- El fomento, si procede en relación con las actividades de investigación de la Comunidad Europea, de la investigación encaminada a dar respuesta a las futuras necesidades en capacidades de defensa y seguridad, reforzando de este modo el potencial industrial y tecnológico de Europa en este ámbito.
- El fomento de una I+T conjunta de defensa con unos objetivos mejor establecidos, aprovechando la experiencia de los elementos pertinentes del GAEO y de la OAEO.
- La coordinación y planificación de actividades conjuntas de investigación.
- La canalización de la I+T de defensa mediante estudios y proyectos.
- La gestión de los contratos de la I+T de defensa.
- La colaboración con la Comisión Europea para conseguir un máximo de complementariedad y de sinergia entre programas de investigación en materia de defensa y en materia civil o de seguridad.

El Director de la EDA, es el Secretario General/ Alto Representante de la PESC, que será responsable de la organización y el funcionamiento general de la misma y garantizará que las directrices impartidas por el Consejo y las decisiones de la Junta Directiva sean ejecutadas por el Director ejecutivo, que le informará al respecto.

También será responsable de la negociación de acuerdos administrativos con terceros Estados y otras organizaciones, grupos o entidades de conformidad con las directrices impartidas por la Junta Directiva.

El órgano de decisión de la EDA será una Junta Directiva compuesta por un representante de cada Estado miembro participante, facultado par comprometer a su Gobierno, y por un representante de la Comisión Europea. La Junta Directiva actuará con arreglo a las directrices impartidas por el Consejo.

Con el fin de cumplir con sus misiones, a EDA podrá suscribir acuerdos administrativos con terceros Estados, organizaciones y entidades.

La EDA establecerá estrechas relaciones de trabajo con los elementos pertenecientes al GAEO o a la OAEO, el Acuerdo Marco de Farnborough y la OCCAR con vistas a incorporar o asimilar sus principios y prácticas en el momento oportuno, según corresponda, y de mutuo acuerdo.

Las relaciones de trabajo entre la EDA y las instancias correspondientes de la OTAN se definirán mediante acuerdos administrativos, respetando plenamente el marco establecido para la cooperación y la consulta entre la UE y la OTAN.

Las disposiciones financieras aplicables a la ejecución y control del presupuesto general de la EDA figuran en el anexo a la Decisión 2004/658/PESC del Consejo, de 13 de septiembre de 2004.

Por otro lado, la Decisión 2004/676/CE del Consejo de 24 de septiembre de 2004, regula el Estatuto del personal de la EDA, que se aplicará al personal contratado por la misma.

El proceso de selección de personal de la agencia puede calificarse de “revolucionario”, si se compara con los procesos tradicionales de otras agencias internacionales. En el reclutamiento de la EDA no se sigue la regla de una cuota previamente asignada para cada país. Tampoco se ajusta al modelo *on the job training* que permita entrar a personal en la agencia sin experiencia internacional previa a fin de adquirirla en ella. Por el contrario, la selección para cada uno de los puestos de trabajo está sujeta a criterios de especialización y competencia pertinentes, así como a procedimientos equitativos y transparentes.

La forma de trabajar de la EDA se desarrolla de una manera integral y matricial en la que las capacidades de defensa a mantener o adquirir en Europa constituyen el motor de los proyectos e iniciativas a llevar a cabo en las otras áreas funcionales, es decir en los campos de la I+D de la defensa, la cooperación en armamento, el mercado europeo de equipos de defensa etc..

En la metodología de trabajo de la Agencia se maneja también un concepto muy importante para su desarrollo, el denominado de “geometría variable” por el que, si bien los proyectos que se lancen seguirán el principio de *opt-out*, es decir, que se participa en ellos a no ser que se indique lo contrario y por tanto se opte por salirse, se reconoce que no todos ellos deben ponerse en práctica con la participación unánime de todos los países.

En definitiva, la EDA se trata de una agencia con alto grado de especialización tanto de sus cometidos como del personal que forma parte de la misma. Constituye un valor añadido en el desarrollo de la Política Europea de Seguridad y Defensa, ya que hoy en día ningún país europeo puede afrontar por sí solo ni el mantenimiento ni la obtención de las capacidades militares que las amenazas del mundo actual requieren.

La Agencia se presenta por tanto como un instrumento de esta Política Europea de Seguridad y defensa que propone políticas y estrategias encaminadas a poner en común los asuntos de la defensa en el marco de las políticas intergubernamentales.

4.4.2. La OCCAR

El 12 de noviembre de 1996, Alemania, Francia, Italia y el Reino Unido constituyeron la OCCAR. Este acuerdo, que no le otorga personalidad jurídica, se formalizó mediante la firma de un MOU. Contenía los principios, la estructura inicial de la organización y los programas de armamento ya iniciados que les serían transferidos.

El 9 de septiembre de 1998, en Farnborough (Reino Unido), Alemania, Francia, Italia y el Reino Unido firmaron una convención (*OCCAR Convention*), con el fin de conferirle personalidad jurídica. En la misma se recogían los principios y la estructura legal de la OCCAR. Dicha convención, previa ratificación por los parlamentos nacionales, entró en vigor el 28 de enero de 2001. Bélgica se adhirió el 27 de mayo de 2003.

La OCCAR fue creada con el deseo de incrementar la cooperación en materia de armamento para mejorar la eficacia y reducir costes.

Para ello, era necesario desarrollar y optimizar nuevos métodos de gestión de los programas, hacer más eficaces los procedimientos de adjudicación de contratos y fomentar la creación de contratistas principales, transnacionales y verdaderamente integrados, del sector industrial.

Una mayor cooperación en lo relativo a los equipos de defensa contribuiría al establecimiento de una entidad europea en materia de seguridad y defensa, lo cual suponía un paso efectivo en el camino hacia la creación de una agencia europea de armamento.

Así las cosas, los principios que inspiran el funcionamiento de esta organización son los siguientes:

1. Mejora de la eficacia y eficiencia, y reducción de los costes.
2. Armonización de los requisitos tecnológicos.
3. Refuerzo de la competitividad
4. Renuncia al justo retorno industrial calculado anualmente y programa a programa en beneficio del equilibrio global plurianual y multiprogramático.
5. Apertura a otros países europeos.

La sede de OCCAR se fijó en Bonn y se convino que realizará las siguientes funciones:

- Gestión de programas cooperativos en curso y futuros, que podrá comprender control de la configuración y apoyo interno así como actividades de investigación.
- Gestión de programas nacionales que Estados miembros le asignen.
- Elaboración de especificaciones técnicas comunes para el desarrollo y adquisición de los equipos que se determinen de manera conjunta.
- Coordinación y planificación de actividades de investigación conjuntas, y en cooperación con el personal militar apropiado, estudios sobre soluciones técnicas para responder a futuras necesidades operativas.
- Coordinación de las inversiones de capital y de la utilización de las instalaciones de pruebas.

En cuanto a su organización se refiere, la OCCAR está integrada por la Junta de Supervisores (BOS o *Board of Supervisors*) y la Administración Ejecutiva (EA o *Executive Administration*).

La BOS es la máxima autoridad decisoria en el seno de esta organización, y se ocupa de la dirección y supervisión de la EA y de todos los comités.

La BOS decide sobre todas las cuestiones relativas a la aplicación de la Convención de la OCCAR. Se reúne dos veces al año, y cuando sea necesario a solicitud de alguno de los Estados miembros. Las funciones de secretaría de la BOS son desempeñados por la EA.

Cada Estado miembro cuenta con un representante en la BOS (a nivel Ministro de Defensa o delegado). La BOS designa al director, a su adjunto y al resto del personal ejecutivo de la EA. La EA es el órgano ejecutivo permanente responsable de llevar a cabo las decisiones de la BOS.

La BOS puede delegar determinadas funciones en los comités apropiados. Hay un comité de actividades futuras y los comités de programas. Las decisiones relativas a la ejecución de cada programa concreto se adoptarán únicamente por los representantes de los Estados miembros que participen en el mismo.

La integración de un programa en OCCAR tiene lugar a través de los siguientes elementos básicos:

- La decisión del BOS en relación con la autorización de la integración del programa en la OCCAR.
- El MOU, que será firmado por las naciones participantes en el programa y constituye su compromiso oficial respecto al mismo, incluyendo el número de unidades que cada nación va a adquirir.
- La decisión de la BOS en relación con la forma en que el programa será gestionado por la OCCAR y la descripción de los principios y las reglas a aplicar.

Actualmente la OCCAR tiene responsabilidad de gestionar los siguientes programas:

- BOXER: Vehículo acorazado con ruedas multipropósito (Alemania, Países Bajos y Reino Unido).
- COBRA: Radar contrabatería (Alemania, Francia y Reino Unido)
- ROLAND: Sistema de armas tierra-aire (Alemania, Francia)
- TIGER: Helicóptero de ataque (Alemania, España y Francia)
- A400M: Avión de Transporte Militar (Alemania, Bélgica, España, Reino Unido y Turquía).

La BOS de la OCCAR acordó en el año 2003 la adhesión de España. Esta se formalizó mediante instrumento de adhesión de 1 de diciembre de 2004.

Capítulo V: PROPUESTA DE UNA AGENCIA DE ADQUISICIONES EN EL ÁMBITO DEL MINISTERIO DE DEFENSA

5.1. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE LA LEY 28/ 2006, REGULADORA DE AGENCIAS ESTATALES PARA LA MEJORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

5.1.1. La gestión diferenciada: Concepto

Hasta ahora, en el sector de servicios, la propiedad y la gestión han ido ligadas (gestión clásica), realizando esta actividad con sus propios recursos y limitaciones. Pero esto no es imprescindible.

En esta línea, y en concreto en el sector público se están implantando diferentes fórmulas en que la gestión no es llevada a cabo por la propiedad (que se denominan de gestión diferenciada)³³⁵.

La distinción básica entre estas diferentes fórmulas reside, además de en la forma de constituirse y organizarse, en la responsabilidad última de los resultados de las instituciones gestionadas.

Por tanto una primera aproximación al concepto de gestión diferenciada podría ser la siguiente: *“Es aquel modelo de gestión en el que la propiedad y la gestión misma recaen en dos personas diferentes”*.

³³⁵ LÓPEZ CASASNOVAS et al (2003) *“Los nuevos instrumentos de la gestión pública”*. Barcelona: La Caixa. pp 144 y ss.

Veamos los distintos modelos de gestión diferenciada que existen en la actualidad.³³⁶

A) Gestión compartida: Dos o más propietarios (en algún caso podría ser uno solo con varios centros) deciden crear una empresa que les gestione sus instituciones.

El nuevo organismo creado no es el responsable último de los resultados de las instituciones, sino que éstos continúan recayendo sobre las mismas, ya que conservan su personalidad jurídica. La propiedad sigue marcando las líneas generales de actuación.

B) Gestión externa: En este caso, la propiedad concierta los servicios de un tercero (al que se considera experto en los servicios de interés), para que éste lleve a cabo la gestión de su centro mediante la formalización de un contrato, sin más vínculo formal que éste. La responsabilidad última del centro y de sus resultados la mantiene la propiedad, y por lo tanto es ésta quien sigue fijando su objetivos y controlando los resultados.

C) Cesión de responsabilidad: La propiedad mantiene la titularidad, pero cede el bien para su explotación a un tercero el cual asume todas sus responsabilidades (el gestor explota el servicio a riesgo y ventura). En este caso, el último y único responsable de la institución y de sus resultados es la entidad que ha asumido la explotación.

D) Figuras mixtas:

- i. **Gestión interesada:** La entidad gestora cuenta, de un lado, con la colaboración de la propiedad y, de otro, con una remuneración mínima

³³⁶ *Ibidem*

en forma de “interesamiento”, que se concreta en una cláusula en virtud de la cual, cuando se producen beneficios por encima del mínimo asegurado, se atribuye al gestor una parte de ellos con el objeto de fomentar la prestación eficaz de los servicios encomendados. Es una figura de escaso arraigo en la práctica.

- ii. **Gestión afianzada:** Hipótesis inversa a la anterior en la que es el gestor quien garantiza unos beneficios mínimos a la propiedad.

5.1.2 Consideraciones doctrinales

La promulgación de la Ley Reguladora de Agencias Estatales para la mejora de los servicios Públicos, trae causa de la propia Ley 6/1997, de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE)³³⁷. Los objetivos principales de la citada Ley pueden reducirse a dos:

- La adecuación de la Administración (como sujeto y actividad) a los requerimientos del derecho originario comunitario europeo y
- La introducción en ella de la cultura requerida por la efectividad del principio de eficacia (y de sus correspondientes en el campo presupuestario de economía y eficiencia).

A lo primero obedece la clasificación binaria de los organismos públicos y la exclusión del campo de la organización y la actividad administrativa de las sociedades de fundación o en mano pública en ejercicio de la iniciativa reconocida por el artículo 128.2 de la Constitución Española.³³⁸

³³⁷ Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) BOE no. 90, de 15 de abril.

³³⁸ El artículo 128.2 de la CE establece: “Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante Ley se podrá preservar al servicio público recursos o servicios esenciales, especialmente en

Por su parte, lo segundo se manifiesta en la fijación de un doble principio:

- El de funcionamiento regido por un elenco de principios encabezados por el de eficacia en el cumplimiento de objetivos y en el que merecen ser destacados los de programación y desarrollo de objetivos y control de la gestión y de los resultados, responsabilidad por la gestión y eficiencia en la asignación y empleo de los recursos públicos.
- El principio de servicio a los ciudadanos, dirigido a asegurarles la continúa mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones, determinando a tal fin, el contenido, alcance y estándares de calidad de uno y otros.

En opinión del profesor Parejo Alfonso³³⁹ la nueva Ley de Agencias pretende complementar y enriquecer el modelo organizativo existente, para acomodar la gestión pública a los tiempos actuales al servicio de la potenciación de la eficacia, transparente y responsable, de la misma.

La citada Ley no reforma la LOFAGE, sino que se limita a añadir las Agencias al elenco de tipos de en la organización funcionalmente descentralizada. Con prudencia, pues el nuevo tipo organizativo que debe hacer posible el avance en la gestión eficaz sólo surge, caso a caso y cuando el objeto de cuya gestión se trata así lo requiera, mediante la creación *ex novo* o transformación de uno ya existente.

Como novedad en cuanto a su regulación, destaca el ánimo del legislador de no limitarse a sí mismo para el futuro, aprovechando la autonomía inherente a la descentralización funcional para asegurar la idoneidad gestora de cada organización,

caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”.

³³⁹ PAREJO ALFONSO Luciano y ARIÑO ORTIZ, Gaspar: (2005) “La creación de nuevos entes administrativos” en Revista *Cuenta con la IGAE* nº 13 p. 44.

gracias a su adaptabilidad, en sede de su estatuto, en el que, a la vista del objeto a gestionar, se concentran, ultimándolas, las decisiones sobre la estructura, y su integración, el funcionamiento, la programación y el desarrollo de la actividad, conjuntando en la medida de lo posible los elementos personales, materiales y económicos de la gestión. La adaptabilidad es diversa en función de la lógica propia de cada elemento: es menor en la contratación y el patrimonio y mayor en cuanto al personal y el régimen económico financiero. Lo que de por sí pone de relieve el respeto a la referida lógica, la disciplina general de lo público, cuya flexibilización en ningún caso llega a cuestionar en sus pilares esenciales.

La Ley pretende que cada agencia debe hacer posible una gestión pública verdaderamente eficaz en cuanto, es decir, ser capaz de incorporar, en su caso (en función del objeto) y en la medida necesaria, la participación de otras Administraciones Públicas. Debe además ser, en todo caso, transparente, responsable y sujeta al control de sus resultados.

Las técnicas puestas al servicio de esa gestión, que permiten un ulterior escalón decisonal (incrementando la adaptabilidad en la sustancia y en el tiempo) son:

- El establecimiento de una relación concertada (fijada en el llamado contrato plurianual de gestión, que proporciona el necesario marco de relativa estabilidad, y precisada en el denominado plan anual de acción) entre la Administración matriz y, por tanto, directiva que señor del correspondiente programa administrativo y responsable del mismo ante las Cortes Generales. Con diferenciación, al interior de la Agencia, del gobierno superior (encargado de la fijación de objetivos y planes de acción, el seguimiento y la supervisión de la gestión y el control de ésta con arreglo a criterios de medición del cumplimiento de objetivos y del grado de eficiencia en la gestión) y de la organización ejecutiva (encargada de la gestión misma y sujeta responsabilidad por ella). Todo ello con objeto de garantizar efectivamente la efectividad del principio de eficacia.

- La fijación de un código de gestión transparente por objetivos definitorio del contenido de la relación anterior y rector de su desarrollo y cumplimiento, que justamente hace posible la conjunción de elementos diversos (personal, medios finanzas, presupuesto) que es precisa para una buena gestión.

Del juego efectivo de estas técnicas perfectamente a la altura de los tiempos y traductoras a la lógica de lo público de las que son en general aceptación fuera de ella, dependerá en último extremo, el éxito del tipo organizativo Agencia Estatal como apuesta para la implantación de la gestión pública en los términos anteriormente expuestos.

Por su parte el profesor Ariño Ortiz³⁴⁰ considera que *“la nueva agencia sigue siendo el organismo autónomo tradicional con todas las trampas y contradicciones que lo convierten en un instrumento en manos de los políticos con el que éstos consiguen escapar de la disciplina del derecho público en materia contractual, laboral, patrimonial y de intervención y control financiero”*.

Continúa el citado profesor *“me aterra igualmente el artículo 23.3 y 4 de la Ley, en el que se prevé que haya personal directivo no funcionario –es decir político- que tendrá un incentivo económico por rendimiento, con un contrato laboral de alta dirección”*. No es difícil imaginar como va a funcionar esto, continúa el citado autor, *“La necesidad de ser eficaz –nos dirá el director de la agencia- obliga a crear equipos coherentes, y para ello harán falta personas de confianza; y estas personas tendrán nombres y apellidos relacionados en el algún conciliábulo del partido gobernante en ese momento. Al mismo tiempo, las personas que vengan de fuera dirán que hacen un gran sacrificio para servir a la agencia, sacrificio que requerirá los contratos de alta dirección blindados de las empresas privadas con grandes indemnizaciones en caso de cese”*.

³⁴⁰ PAREJO ALFONSO Luciano y ARIÑO ORTIZ, Gaspar: (2005)

Por último, concluye el citado profesor, que en la propia Ley se alude a la tarea empresarial que la Administración asume en estos nuevos entes públicos, manifestando su convicción actual es que la Administración Pública ni es ni tiene la mentalidad, ni podrá actuar nunca como una empresa privada. Lo que la Administración tiene que ser, en su opinión, es una buena administradora, honesta, técnicamente bien preparada, ilusionada con su tarea al servicio de los intereses generales, bien pagada, dignificada y respetada. Y, lo más importante, protegida por el derecho de la voracidad, la parcialidad y la ambición que, por hipótesis acompaña siempre a los políticos.

Como se puede apreciar no existe una opinión doctrinal unánime acerca de la conveniencia y acierto de la creación de estos nuevos entes públicos.

5.1.3 Análisis del articulado

La Ley se estructura en cinco capítulos, ocho disposiciones adicionales y dos finales.

A) Disposiciones generales:

El capítulo I establece el objeto de la Ley, la naturaleza y el régimen jurídico aplicable a las Agencias Estatales y los mecanismos de creación, constitución, modificación extinción y supresión de éstas. Dentro de este capítulo cabe reseñar el proceso de creación de las agencias, requiriéndose una previa autorización por Ley, que determine el objeto de la agencia que se pretende crear, y produciéndose por Real Decreto del Consejo de Ministros. El objeto de la creación de estas agencias según el propio artículo 1 no es otro que la gestión de programas correspondientes a políticas públicas de la competencia del Estado en los términos establecidos en el artículo 2º.

Por su parte el citado artículo 2, define a las agencias como *“entidades de derecho público, dotadas de personalidad jurídica pública, patrimonio propio, y autonomía en su gestión, facultadas para ejercer potestades administrativas (...)”. Las agencias estatales están dotadas de los mecanismos de autonomía funcional, responsabilidad por la gestión y control de resultados establecidos en esta Ley”*.

Se trata de una nueva modalidad de personificación de naturaleza institucional (organismos públicos), cuya iniciativa de creación corresponde a los ministerios competentes o afectados por razón de la materia, que tiene como fin la mejora en la gestión de los servicios públicos³⁴¹ cuya creación requiere autorización por Ley y se produce con la aprobación de su estatuto por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros y adoptado a propuesta conjunta de los Ministerios de Administraciones Públicas y Economía y Hacienda.³⁴²

Están dotadas de los mecanismos de autonomía funcional, responsabilidad por la gestión y control de resultados establecidos en la propia Ley 28/2006, de 18 de julio.³⁴³

B) Régimen jurídico:

- i. **Creación:** De lo anterior se puede deducir que con carácter previo a su creación deben concurrir dos requisitos:

- La existencia de un programa de política pública competencia del Estado.

³⁴¹ PÉREZ GÁLVEZ, (2007), p.107.

³⁴² Vid art. 2 Ley 28/2006, de 18 de julio, sobre las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos.

³⁴³ Vid art. 66 Ley 28/2006, de 18 de julio, sobre las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos.

- La promulgación de una Ley que autorice su creación para la gestión de los citados programas.

Una vez promulgada la Ley de autorización en la que se define su objeto y fines generales, mediante Real Decreto del Consejo de Ministros se producirá la aprobación de su estatuto y su efectiva creación (art.3.1).

La iniciativa para su creación corresponde a los Ministerios competentes o afectados por razón de la materia, los cuales deberán elaborar una memoria y un proyecto de estatuto (art.3.3).

- ii. **Estatuto:** Según lo establecido en el artículo 3.5, comprenderá en todo caso los siguientes extremos:

- Funciones a desarrollar por la Agencia y en su caso, las facultades decisorias de correspondientes a las competencias de la Administración General del Estado (AGE) y de sus organismos autónomos que se atribuyan. Las funciones de las agencias estatales serán aquellas determinadas en el plan de acción anual, detalladas en la memoria y en su estatuto, bajo la vigencia y con arreglo al pertinente contrato plurianual de gestión (arts. 3.4,3.5 y 13.1 de la Ley 28/2006., de 18 de julio).

Se trata de un modelo de gestión que pretende equilibrar los principios de autonomía, control y responsabilización por resultados, así como establecer un régimen general lo suficientemente operativo para dar cabida a aquellos organismos para los que la categoría de organismo

autónomo es insuficiente, sin tener que acudir, como sucede en la actualidad, a soluciones particulares para cada caso).³⁴⁴

- Determinación de su sede, y estructura orgánica -en su caso-, de otros órganos de gobierno que se creen así como sus facultades y la forma de designación de sus componentes, régimen de funcionamiento y desarrollo de la actividad, con indicación de aquéllos cuyos actos y resoluciones son firmes en vía administrativa.
- Los medios personales, materiales y económico-financieros y patrimonio que se le adscriben.
- La determinación del carácter temporal, en su caso, de la agencia a crear, con especificación de los objetivos a que se vincula la vida de aquélla o del plazo en que se fija su duración.

Como se puede apreciar, estos nuevos entes públicos no tienen una duración indefinida sino que por el contrario su vida está limitada a la consecución de determinados programas, o simplemente al paso del tiempo previsto en el momento de su creación.

- iii. **Extinción y supresión:** Las Agencias se suprimen mediante Real Decreto del consejo de Ministros, a iniciativa de los ministerios de adscripción y a propuesta conjunta de los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda que determinará el destino de los bienes, y las medidas aplicables al personal en el marco de la legislación reguladora de cada tipo de personal (art.6.2).

³⁴⁴ PÉREZ GÁLVEZ (2007) , p. 108.

Desde su extinción o supresión, las Agencias estatales entran en periodo de liquidación en la forma en que se determine en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas y en el estatuto.

- iv. **Organización:** El capítulo II trata sobre los aspectos relacionados con la organización. Destaca que la Ley regula los máximos órganos de gobierno- Consejo Rector y Presidente- y ejecutivos - Director- dejando los restantes al estatuto, y que se resalta la importancia que se quiere dar a los mecanismos de control que han de implementarse en las agencias, con la institucionalización de una comisión de control como órgano especializado del consejo rector, para asegurar el correcto desarrollo de las funciones la agencia y la consecución de objetivos que tenga asignados.

En cuanto a la posible impugnación de los actos emanados del consejo rector, cabe destacar que de acuerdo con el art.2.3 de la Ley 28/2006, de 18 de julio, las resoluciones del consejo rector y del director de la agencia ponen fin a la vía administrativa. El funcionamiento y el régimen aplicable al consejo rector se ajusta a lo establecido en la propia Ley 28/2006, de 18 de julio y, en lo no dispuesto en la misma, al régimen previsto en la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común para los órganos colegiados.³⁴⁵

- v. **Gestión transparente por objetivos:** El capítulo III regula el contrato de gestión, instrumento clave en la configuración de las Agencias pues va ser el instrumento que ha de permitir fijar los compromisos que asume la agencia en la consecución de sus objetivos, y de los planes estratégicos necesarios para ello, los niveles de calidad de los servicios prestados, los medios humanos,

³⁴⁵ Vid art.11.3 Ley 28/2006, de 18 de julio Sobre las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos.

materiales y financieros que la agencia precisa y los efectos asociados al grado de cumplimiento de los objetivos establecidos y la consiguiente exigencia de responsabilidad al equipo directivo de la Agencia.

- vi. **Funcionamiento y medios:** El capítulo IV correspondiente a funcionamiento y medios, se compone de tres secciones referidas respectivamente a contratación y patrimonio, régimen de personal y medios económico-financieros.
- vii. **Contratación y Patrimonio:** En cuanto a la contratación se refiere, ésta se rige por la normativa aplicable al sector público (art.16.1). Es decir, su régimen jurídico no difiere del establecido para el resto del sector público.

Cabe destacar, como apunta Martin Rebollo,³⁴⁶ que “las Administraciones públicas llevan a cabo numerosos tipos de contratos, aunque no todos ellos sean contratos administrativos. Puede decirse entonces, que si bien en todos los contratos administrativos está presente una Administración, no todos los contratos que celebra una Administración son administrativos. Esta distinción entre contratos administrativos y contratos privados, supone un distinto grado de aplicación de las previsiones de la Ley de Contratos para cada uno de ellos. Y afecta igualmente a la jurisdicción competente por cuanto, en efecto, sólo para conflictos suscitados por los contratos administrativos es competente la jurisdicción contencioso-administrativa, en tanto que la jurisdicción civil tiene a su cargo resolver controversias que surjan en los contratos privados con la excepción de los llamados actos separables. Por todo ello, cabe diferenciar entre la regulación de la preparación y adjudicación de los contratos públicos; esto es sus efectos y extinción (que en principio, solo es aplicable a los contratos administrativos).

³⁴⁶ MARTIN REBOLLO (2005): “*Leyes Administrativas*”. Pamplona: Aranzadi. p 38.

“[...] la redacción de los arts.1 y 2 ha sido cambiado a golpe de Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, y en la más bien alambicada redacción de los mismo cabe observar siempre la pretensión latente de huida de las ciertamente completas previsiones y limitaciones de la legislación de los contratos públicos.[...]”

Desde el punto de vista subjetivo, y conforme al artículo 1 de la Ley, ésta se aplica íntegramente a los siguientes entes: a) La Administración General del Estado. b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas. c) Las entidades que integran la Administración Local. d) Los organismos autónomos. e) Las restantes entidades de Derecho Público siempre que se den dos requisitos. Que hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y que se trate de entidades cuyo actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otros entes de Derecho Público, su gestión se halle sometida al control de aquéllas o más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración o gestión hayan sido nombrados por dichas Administraciones o entes públicos.

Las entidades de Derecho Público que no reúnan los requisitos expuestos, quedan sujetas parcialmente a la Ley. En concreto siempre que dichas entidades reúnan alguno de los requisitos del art.1.3.b), esto, es siempre que se trate de entidades financiadas por las Administraciones Públicas u otros entes de esta naturaleza, cuya gestión se halle sometida a control de dichos entes o que más de la mitad de los integrantes de sus órganos directivos sean nombrados por la Administración u otros entes públicos, quedarán sujetas a algunas prescripciones de la Ley. En particular, se les aplicarán las normas relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de

licitación y formas de adjudicación, para los contratos de obras, de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios. [...]”³⁴⁷

También prevé que las sociedades mercantiles y fundaciones creadas o participadas mayoritariamente por las agencias estatales deberán ajustar su actividad contractual, en todo caso, a los principios de publicidad y concurrencia.³⁴⁸

Por otra parte, para el cumplimiento de sus fines, las agencias contarán con un **patrimonio propio**, distinto del de la AGE, integrado por el conjunto de bienes y derechos de los que sean titulares (art.17.1). Especial consideración merece el término patrimonio. La voz *patrimonium*,³⁴⁹ que pasa a las lenguas románicas, todavía utilizada en el lenguaje común y técnico moderno, denota etimológicamente la pertenencia al *pater* que en el antiguo derecho romano era el único sujeto de derecho. Por tanto, patrimonio es todo aquello que pertenece al *pater*, o que deriva del *pater*. Sin embargo, a pesar de que el término evoque arcaicas concepciones, la palabra no es originaria, pues las XII Tablas para indicar lo vulgarmente se entiende por patrimonio, hablan de *familia y pecunia*.

Sea como fuere, la idea de patrimonio, con el tiempo, perderá aquellos matices no puramente económicos que acompañan o integran su concepto originario. Denotando por otra parte, que guarda relación con una pluralidad, un conjunto que comprende no sólo las cosas, sino también los derechos, los *corpora y los iura*, en relación con su titular, puesto que el Derecho debe ayudar a cada uno a conservar “*rem aut ius suum*” (D,1,3,41). Por lo demás el

³⁴⁷ Ibidem p. 540.

³⁴⁸ Vid art.16 Ley28/2006, de 18 de julio, sobre las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos.

³⁴⁹ PÉREZ GÁLVEZ, (2007), p.112.

patrimonio, al igual que los bienes, puede ser entendido en dos sentidos: como el complejo de relaciones económicas de manera que comprenda también los débitos, ya que estos también son entidades de esta naturaleza o, simplemente, como el complejo de relaciones activas con exclusión del pasivo, ya que *“bona non intelleguntur nisi deducto aere alieno”*³⁵⁰(D,50,16,1,39,1). Pero esta última noción corresponde a una concepción vulgar y común, ya que en sentido jurídico el patrimonio comprende tanto las relaciones activas como las pasivas.³⁵¹

La doctrina distingue tres corrientes como más importantes sobre el patrimonio:³⁵² Teoría personalista, teoría del fin y teoría realista. Pues bien, tras una lectura sosegada de las mismas podemos concluir o aproximarnos al concepto técnico del patrimonio:

*“El patrimonio, en su significado técnico o útil para la ciencia jurídica moderna, supone la existencia: a) De masas de bienes de una doble faz, una actividad (poder, ámbito de libertad) y otra pasiva (garantía para los acreedores). b) De masas de bienes de distinta naturaleza, según la condición de su titular, unidas a éste, separadas o independizadas, por su destino a un fin determinado. El patrimonio aparece entonces como una masa de bienes de valor económico (haber y debe), afectada y caracterizada por su atribución y el modo de atribuírsele a quien sea su titular. Masa de bienes a la que las normas jurídicas atribuyen caracteres y funciones especiales; que serán, a fin de cuentas las que vienen a determinar la definición de patrimonio”.*³⁵³

³⁵⁰ *Ibidem*

³⁵¹ *Ibidem*

³⁵² CASTRO Y BRAVO de (1972) *“Temas de derecho civil”*. Madrid: Marisal, p. 36.

³⁵³ *Ibidem*

Utilizando los conceptos expuestos por la doctrina (bien jurídico, personalidad), podemos entender por patrimonio, la unidad abstracta de los bienes jurídicos posibles, en cuanto referidos a una determinada personalidad. Lo que hace que un cierto objeto pueda colocarse, como tal, en una relación de derecho cualquiera, y será por ello, precisamente, por su índole patrimonial³⁵⁴.

También parte de la doctrina³⁵⁵, ha determinado el concepto de patrimonio en virtud de la confluencia de tres elementos: a) Valor económico: el primer elemento constitutivo del concepto de patrimonio viene dado por su valor económico susceptible de ser evaluado pecuniariamente; b) Denominación colectiva: el patrimonio, en cuanto conjunto de bienes y derechos es una denominación colectiva que indica un agregado de bienes económicos. Bien (o derecho) es la identidad singular, patrimonio es el conjunto, el agregado o la colectividad; c) Referencia a un titular: el concepto de patrimonio lleva consigo una referencia subjetiva, pues indica pertenencia actual o posible, a un determinado titular.

La naturaleza jurídica del patrimonio es considerada de muy difícil definición.³⁵⁶ Dos circunstancias contribuyen especialmente a crear esa dificultad. Una, el carácter abstracto del concepto de patrimonio. Como algún concepto de las ciencias naturales (por ejemplo el sistema planetario, sistema nervioso), se nos ofrece como término creado para nombrar un punto de referencia de series de funciones y efectos inconexos. La otra, que el concepto de patrimonio, como el de tantos de las ciencias sociales, está influenciado por las condiciones económicas e ideológicas de cada época. La figura misma del patrimonio está condicionada históricamente; sólo se hace visible con la

³⁵⁴ CASTRO Y BRAVO de (1981): *"La persona jurídica"*. Madrid: Civitas p.275.

³⁵⁵ *Ibíd*em

³⁵⁶ PÉREZ GÁLVEZ, (2007), p. 114

separación efectiva de las esferas, la personal (*"meum internum"*) y la económica (*"meum externum"*) de la persona.

En cuanto a su determinación se refiere,³⁵⁷ las agencias estatales tendrán, para el cumplimiento de sus fines, un patrimonio propio distinto del de la Administración General del Estado, integrado por el conjunto de bienes y derechos de los que sean titulares. La existencia de este patrimonio propio evoca el medio tradicional empleado para escapar al estricto principio de legalidad consagrado en el orden patrimonial y financiero del Estado liberal. Sin embargo, hoy en día ha perdido buena parte de su sentido inicial.

La gestión y administración de los bienes y derechos propios, así como aquellos del Patrimonio del estado que se les adscriban para el cumplimiento de sus fines, será ejercida de acuerdo con **lo señalado en sus estatutos, con sujeción en todo caso, a lo establecido para los organismos públicos en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas (art.17.2).**

Debemos llamar la atención sobre la diferencia que existe entre bienes y derechos propios, como una exigencia manifiesta de las personas jurídicas de carácter fundacional y aquellos adscritos que forman parte del patrimonio único del Estado.

Por último, los estatutos de las agencias podrán prever que los bienes inmuebles propios de éstas que dejen de ser necesarios para el cumplimiento de sus fines puedan ser enajenados por las mismas, previa comunicación al Ministerio de Economía y Hacienda.

³⁵⁷ Vid Ley 2872006 de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos art.17.

- viii. **Personal:** En materia de personal es de destacar el mantenimiento del modelo general de función pública, pero con mayores niveles de autonomía en la ordenación y provisión de los puestos de trabajo, la vinculación de la parte variable de las retribuciones a la productividad y cumplimiento de objetivos y la inclusión de la categoría de personal directivo de las Agencias Estatales que se proveerá, **mediante procesos internos de selección.**

En este sentido el artículo 18 establece que sin perjuicio del personal directivo previsto en el artículo 23, el personal al servicio de las agencias estará constituido por:

- El personal que esté ocupando destinado en servicios que se integren en el momento de su constitución.
- El personal que se incorpore a la Agencia Estatal desde cualquier Administración Pública por los correspondientes procedimientos de provisión de puestos de trabajo previstos en la propia Ley.
- El personal seleccionado por la Agencia Estatal, mediante pruebas selectivas convocadas al efecto en los términos establecidos en la propia Ley.

Una vez determinada la composición del personal de la Agencia, el propio art.18, continúa especificando el régimen jurídico aplicable a cada una de las distintas categorías laborales. Salvo para el personal directivo regulado en el art.23, el personal al servicio de las Agencias está constituido básicamente por el perteneciente a las distintas modalidades laborales existentes en el resto de la Administración Pública. Si bien, en cuanto a su régimen jurídico se refiere, cabe destacar que el propio estatuto puede introducir ciertas especialidades que afecten a los derechos y deberes del personal estatutario y funcionario.

En lo relativo a los procesos de selección, éstos quedan sometidos a los principios de igualdad, mérito y capacidad de igual manera que en el resto de la Administración Pública. No obstante lo anterior la Ley distingue entre la selección del personal funcionario, cuya gestión encomienda de forma general al ministerio al que esté adscrita la agencia y excepcionalmente a ella misma mediante convenio suscrito al efecto. Sin embargo, para el caso del personal laboral es la propia agencia la encargada de seleccionar al personal necesario. Aunque la realidad dista mucho de los peligros que se vaticinan, porque la existencia de una relación de puestos de trabajo, elaborada y aprobada por la propia agencia, dentro del marco de actuación que, en materia de recursos humanos, se establezca en el contrato de gestión y el respeto escrupuloso al marco de referencia (Estatuto del Empleado Público) vinculan inexorablemente este apartado al respeto más estricto de la legalidad vigente en los términos expuestos y avalados por doctrina y jurisprudencia consolidada. Así, se articula en el art. 21.2, la carrera profesional.³⁵⁸

Por último, cabe destacar que las necesidades de personal de la Agencia, se incorporan a la oferta anual de empleo público estatal de conformidad con lo que establezca la Ley anual de Presupuestos generales del Estado.

En cuanto al régimen retributivo se refiere, el art. 22 establece que los conceptos retributivos del personal funcionario y estatutario de las Agencias Estatales, son los establecidos en la normativa de función pública de la AGE y sus cuantías se determinarán en el marco del correspondiente Contrato de Gestión, de conformidad con lo establecido en dicha normativa y en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado. Es decir, tampoco presenta distinción alguna con respecto a las retribuciones correspondientes al resto del personal

³⁵⁸ Vid Ley 28/2006, de 18 de julio de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos art. 21.

funcionario y estatutario de la Administración Pública. Tan sólo, atendiendo a lo establecido en el correspondiente contrato de gestión, podrían introducirse variaciones retributivas, siempre dentro de los límites establecidos en la referida normativa. Únicamente, atendiendo a lo establecido en el correspondiente contrato de gestión, podrían introducirse variaciones retributivas, siempre dentro de los límites establecidos en la referida normativa. Lo mismo cabe predicar del régimen retributivo del personal laboral. Resaltando no obstante, el imperativo establecido en el artículo 22.3, en el sentido de que la cuantía de la masa salarial destinada al **complemento de productividad esté en todo caso vinculada a grado de cumplimiento de los objetivos fijados en el contrato de gestión.**

Especial relevancia presenta la regulación del personal directivo. El ya mencionado art.23 define qué se entiende por este tipo de personal, vinculándolo a la realización de tareas de especial responsabilidad y competencia técnica. La selección de este tipo de personal, es competencia del consejo rector de la Agencia a propuesta de los órganos ejecutivos. En cuanto a su régimen retributivo se refiere, una parte de su retribución se recibirá como incentivo de rendimiento.

- ix. **Medios económico-financieros:** En este aspecto, la Ley prevé una mayor capacidad de generar ingresos por parte de las Agencias por la prestación de servicios, o por la posibilidad de obtener ingresos por patrocinio.

La principal fuente de ingresos de las agencias serán las transferencias consignadas en los Presupuestos generales del Estado. Por otra parte el recurso al endeudamiento queda prohibido a las agencias, salvo que se habilite esta posibilidad mediante Ley.

- x. **Gestión económico-financiera:** En su capítulo V la Ley dedica en secciones a la regulación de los presupuestos de la agencia, a su contabilidad y control.

Destaca especialmente el **carácter limitativo por su importe global, del presupuesto de gastos y su carácter estimativo para la distribución de los créditos en categorías económicas, con excepción de los correspondientes a gastos de personal que en todo caso tienen carácter limitativo y vinculante por su cuantía total**. Quizás sea este aspecto, el que dota a las nuevas agencias de una flexibilidad en cuanto a ejecución presupuestaria se refiere, en comparación con el régimen presupuestario general aplicable al resto de las entidades públicas.

Destaca también la flexibilidad para llevar a cabo variaciones presupuestarias, pues su autorización es competencia del Ministro de Economía y Hacienda únicamente cuando se trate de variaciones que afecten a la cuantía global y las que afecten a gastos de personal. Siendo las autorizaciones para el resto, competencia del Director de la propia agencia, incluso cuando se trate de variaciones en la cuantía global del presupuesto si éstas son financiadas con los recursos contemplados en los apartados b), e), f) y g) del art.24.1 de la Ley.

Por último, cabe destacar como diferencia importante, la habilitación contemplada en el art.27.4 según la cual los remanentes de crédito que resulten de la liquidación del ejercicio presupuestario no afectados a la financiación del presupuesto del ejercicio siguiente, **podrán aplicarse al presupuesto de ingresos y destinarse a financiar incremento de gastos por acuerdo del Director**. Esto implica que el presupuesto de gastos, en la práctica se extiende al ejercicio siguiente, considerando esta posibilidad una excepción al principio de limitación temporal general establecido en la LGP.

Por otro lado, las agencias estarán sujetas a los principios y al régimen de contabilidad establecido para los Entes Públicos y, en materia de control, el control externo de su gestión económico-financiera corresponde al Tribunal de Cuentas y el interno a la Intervención General de la Administración del Estado

quien lo ejercerá en su modalidad de control financiero permanente y auditoría pública. Lo que no las distingue del resto de los entes públicos. No obstante lo anterior, las agencias estatales estarán sometidas a un control, que será ejercido, a través del seguimiento del contrato de gestión, por los Ministerios de adscripción. Este control tiene por finalidad comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados.³⁵⁹

Para concluir, cabe señalar dos novedades introducidas por la Ley en materia organizativa. En primer lugar la propia Ley modifica la LOFAGE, en el sentido de incluir las Agencias en elenco de los Organismos Públicos. En segundo lugar, en su disposición adicional sexta el propio texto legal establece que con carácter general, a partir de la entrada en vigor de la Ley, los organismos públicos que hayan de crearse en la AGE, adoptarán la configuración de agencias estatales conforme al procedimiento del art. 3. Es decir, los organismos públicos que en la fecha de entrada en vigor de la Ley no sean agencias podrán convertirse en ellas, y los nuevos adoptarán esta forma organizativa en cualquier caso.

5.1.4. Diferencias con figuras afines: los organismos públicos

La Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (BOE de 15 de abril, núm. 90), en el título III regula los organismos públicos.

³⁵⁹ Vid Ley 28/2006, de 18 de julio de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos art. 3.1.

Los organismos públicos son aquellos creados bajo la dependencia o vinculación de la Administración General del Estado, para la realización de cualquiera de las actividades previstas en el apartado 3, del artículo 2, cuyas características justifiquen su organización y desarrollo en régimen de descentralización funcional (Ley 6/1997, de 14 de abril, art.41)

Los organismos públicos tienen la personalidad jurídica diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como una autonomía de gestión, en los términos de esta Ley. Dentro de su esfera de competencia le corresponden las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, en los términos que prevean los estatutos, salvo la potestad expropiatoria. Los estatutos podrán atribuir a los organismos públicos la potestad de ordenar aspectos secundarios del funcionamiento del servicio encomendado en el marco y con el alcance establecido por las disposiciones que fijen el régimen jurídico básico de dicho servicio (Ley 6/1997, de 14 de abril, art.42).

Los organismos públicos se clasifican en: organismos autónomos y entidades públicas empresariales. A efectos de nuestro estudio, nos interesa centrarnos en los organismos autónomos.

Como características propias de los organismos autónomos cabe destacar las siguientes:

a) Adscripción:

Los organismos autónomos dependen de un ministerio, al que corresponde la dirección estratégica, la evaluación y el control de los resultados de su actividad, a través, del órgano al que esté adscrito el organismo (Ley 6/1997, de 14 de abril, art.43.2).

Lo cierto es que los organismos autónomos se conciben como tradicionalmente se entendían: entes públicos con régimen jurídico igualmente público a los que les es de aplicación la LOFAGE, la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común (LRJAP), la Legislación de Contratos y en sus aspectos financieros la Ley General Presupuestaria.³⁶⁰

b) Funciones

Los organismos autónomos se rigen por el derecho administrativo y se les encomienda, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos (Ley 6/1997, de 14 de abril, art.45.1)

c) Personal al servicio de los organismos autónomos

El personal al servicio de los organismos autónomos será funcionario o laboral, en los mismos términos que los establecidos para la Administración General del Estado (Ley 6/1997, de 14 de abril, art.47.1).

d) Patrimonio

Su régimen patrimonial será el establecido en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (Ley 6/1997, de 14 de abril, art.48).

e) Régimen de contratación

³⁶⁰ MARTIN REBOLLO (2005), p. 856.

La contratación de los organismos autónomos se rige por las normas generales de la contratación de las Administraciones públicas. El titular del ministerio al que esté adscrito el organismo autónomo autorizará la celebración de aquellos contratos cuya cuantía excede de la previamente fijada por aquél (Ley 6/1997, de 14 de abril, art.49).

f) Régimen presupuestario

El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y control financiero de los organismos autónomos será el establecido por la Ley General Presupuestaria (Ley 6/1997, de 14 de abril, art.50).

g) Control de eficacia

Los organismos autónomos están sometidos al control de eficacia, que será ejercido por el ministerio al que están adscritos, sin perjuicio del control establecido al respecto por la Ley General Presupuestaria. Dicho control tendrá por finalidad comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados (Ley 6/1997, de 14 de abril, art.51).

h) Recursos administrativos

Los actos y resoluciones de los órganos de los organismos autónomos son susceptibles de los recursos administrativos previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común (Ley 6/1997, de 14 de abril. Art.52.1).

Como conclusión,³⁶¹ la LOFAGE se encontró un tanto forzada a la hora de encajar determinados organismos autónomos, que por sus particularidades o por no ejercer sólo funciones públicas, tenían difícil cabida. En base a este argumento se ha creado una nueva categoría muy parecida a los organismos autónomos, aunque dotada de mayor flexibilidad y que utilizará una modalidad próxima al convenio o contrato –programa, el contrato de gestión (categoría utilizada por las entidades públicas empresariales). Debemos tener en cuenta, que los organismos autónomos diseñados por la LOFAGE establecían numerosas excepciones o particularidades referidas a organismos concretos en algunos aspectos (gestión patrimonial, régimen de los bienes, recursos económicos, gestión financiera, régimen presupuestario), con lo cual la vía de la adaptación supuso una nueva atomización del mundo de los organismos autónomos mucho más importante que la creada por la categoría de las denominadas “Administraciones independientes”.

Para intentar resolver problemas de naturaleza presupuestaria, económico-financiera y de personal, así como conseguir un mayor nivel de autonomía, flexibilidad de gestión y responsabilidad por resultados se crean las agencias estatales.

5.1.5. Naturaleza jurídica

Determinar la naturaleza jurídica implica sintetizar el régimen jurídico de realidad que se estudia, y las consecuencias más inmediatas, que consisten en vislumbrar con claridad cuál es su situación real en el mundo del derecho, y por ende, en la sociedad en la que se desenvuelve.³⁶²

³⁶¹ PÉREZ GÁLVEZ (2007), p.128

³⁶² *Ibidem*.

Esta afirmación, que parece consustancial a la configuración de cualquier persona jurídica, no siempre ha quedado determinada en el seno de la Administración. Y de ahí las dificultades que se desprenden sobre la aplicación del derecho público o privado a la misma, las facultades de la Administración, la situación de sus trabajadores o de las personas que formaban parte de la misma.

Tal y como establece la Ley 26/2006, de 18 de julio, de agencias estatales para la mejora de los servicios públicos en su art.2.1, determina que son entidades de derecho público, dotadas de personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión, facultadas para ejercer potestades administrativas.

En definitiva se trata de una modalidad de personificación instrumental, hecha a medida. Dicho de otro modo, se crea una nueva posibilidad de organismo público, cuya singularidad radica en que se utiliza una cobertura indirecta regirse por su Estatuto, propio y específico para cada una de ellas, en el marco de la Ley 28/2006, de 18 de julio, y supletoriamente por la legislación que regula la Administración instrumental del Estado. El sometimiento al procedimiento administrativo y a la jurisdicción contencioso-administrativa singulariza su carácter netamente público alejado de formulaciones con hábito público pero esencia privada.³⁶³

A) Naturaleza de la relación entre la agencia y el ministerio de adscripción: La delegación de competencias

Se trata de una delegación de competencias de la Administración General del Estado a favor de una entidad vinculada o dependiente de ella. ORTIZ MALLOL³⁶⁴ explica las características que definen la relación de instrumentalidad entendiendo que

³⁶³ *Ibidem*

³⁶⁴ ORTIZ MALLOL J. (2004) en *“La relación de dependencia de las entidades instrumentales de las Administración pública: algunas notas”* en 163RAP pp. 246-247.

el fin o servicio no es propio del ente instrumental, sino del ente matriz, y por tanto, la titularidad del fin o servicio asignado al ente filial sigue perteneciendo al ente matriz, sobre quien recae la responsabilidad política de su organización y de su rendimiento :

“Este es un dato fundamental para comprender debidamente la posición que la entidad instrumental ocupa en el mundo del Derecho. La razón de ser de la entidad instrumental no radica en sí misma: no se produce de manera natural el nacimiento, per se, de este tipo de personas jurídicas, desde el momento en que es el poder público constituido a quien la misma sociedad atribuye la consecución de los fines públicos. Por lo tanto, la creación de la entidad instrumental encuentra causa sólo en la decisión de autoorganización de la Administración Pública, que, por el reparto competencial derivado de la Constitución, integra en su ser tales competencias y, con ellas, la consecución de tal interés general. Al crear la entidad instrumental, la Administración Pública matriz no se desprende del mandato social –sustanciado en última instancia en la Constitución- que le atribuye el ejercicio de estas competencias y la realización de estos fines”.

Según Pérez Gálvez,³⁶⁵ no cabe la menor duda de que estamos ante la presencia de una delegación de competencias entre dos personas jurídicas distintas pero interrelacionadas.

Esta delegación se configura en el ordenamiento jurídico español como potestad que habilita para la transferencia del ejercicio de competencias administrativas, con la finalidad de facilitar el cumplimiento de los fines institucionales encomendados inicialmente al ministerio de adscripción.

La delegación prevista en una norma de rango legal se hace efectiva mediante la creación de la agencia estatal y sus atribuciones se materializan en sus estatutos y el

³⁶⁵ PÉREZ GÁLVEZ, (2007), p. 135

contrato de gestión, cumpliéndose las exigencias del art.13.2 de la LRJPAC: “Las delegaciones de competencias y su revocación deberán publicarse en el Boletín Oficial del Estado, en el de la Comunidad Autónoma o en el de la Provincia, según la Administración a que pertenezca el órgano delegante, y el ámbito territorial de competencia de éste, pues tal y como declara el art.3.1 de la Ley 28/2006 de 18 de julio :”la creación de Agencias Estatales requiere autorización por Ley y se produce con la aprobación de su Estatuto por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros y adoptado a propuesta conjunta de los Ministerios de Administraciones Públicas y Economía y Hacienda”, y por consiguiente será objeto de publicación en el BOE”.

B) Facultades inherentes a la delegación de competencias.

Las facultades inherentes a la delegación de competencias incluyen el protectorado, la tutela, la vigilancia, el control, la inspección y la supervisión.

i. Protectorado

a) Concepto:

Cuando en el siglo XIX se produce la condena de las vinculaciones y de las “manos muertas”, empieza a aparecer la intervención de la Administración para salvar determinadas fundaciones.³⁶⁶ Los orígenes del protectorado fueron explicados por el profesor Martín Mateo del siguiente modo:

“con la finalidad fundamental de velar por el cumplimiento de la voluntad del fundador, la Administración pública ejerce una actividad – protectorado- de fiscalización y control de la actividad de gestión de los patronos de las fundaciones.

³⁶⁶ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, (1992) “El protectorado de las fundaciones: visión moderna” Santander: Colección de Ciencias sociales, Fundación Marcelino Botín. pp 145-146.

El principio de fiscalización de las funciones, representado por el protectorado está plasmado –en germen- en la Ley general de Beneficiencia de 20 de junio de 1849, cuyo artículo 11 viene a proclamar que ningún establecimiento de beneficencia sea pública o particular, podrá oponer la menor dificultad o entorpecimiento a las visitas que los representantes del Gobierno giren a los mismos, siendo omnímoda la autoridad de inspección que a tales representantes corresponde en cuanto tenga por objeto el examen del estado económico del establecimiento, la regularidad de su administración y el cumplimiento de las obligaciones a que por reglamento se haya consagrado.

El desarrollo del principio de fiscalización encarnado en el protectorado de las fundaciones benéfico-privadas corresponde al real decreto de 14 de marzo de 1899, que aprueba la instrucción para el ejercicio de tal protectorado.”³⁶⁷

La disciplina positiva de la beneficencia particular en España contiene dos tipos de textos normativos: por una parte, los que regulan el ejercicio de actividades benéficas por personas privadas y, por otra parte, los que regulan la formación y el funcionamiento de dichas personas (básicamente, de naturaleza fundacional) Así, la intervención de la Administración en materia de beneficencia particular se realiza a través del instituto del protectorado, incisivo haz de potestades de marcado carácter tutelar, que inicialmente pesaba sobre las entidades benéficas.³⁶⁸

También se ha utilizado el término para referirse a la tutela normal y corriente de toda entidad de la Administración indirecta del Estado:

³⁶⁷ PÉREZ GÁLVEZ, (2007) p. 138

³⁶⁸ *Ibidem*

*“Por una parte se hable de protectorado donde no hay sino la tutela normal y corriente en toda entidad de la Administración indirecta del Estado. El artículo 7º del propio Decreto de 17 de mayo de 1940 dice : Al Ministerio de la Gobernación le corresponde ejercer el protectorado sobre auxilio social. Las facultades de orden resolutivo radican en el Ministro, y las consistentes en la tramitación de asuntos, propuesta de acuerdos y ejecución de las resoluciones dictadas , en la Dirección general de beneficencia y obras sociales.”*³⁶⁹

Y también para catalogar la relación que se puede establecer entre dos Estados: *“Esta dolorosa realidad de todos los tiempos, esta deficiencia de la leyes internacionales o, si se quiere, esa injusticia con que casi siempre fueron tratados los países políticamente débiles o pobres ha sido la causa primitiva y fundamental de la relación jurídica entre dos países que se denomina protectorado.”*³⁷⁰

Después, con el transcurso del tiempo fue evolucionando en un sentido mucho más amplio, adoptando formas diversas, bajo la influencia de otras necesidades o de otros elementos, de tal suerte, que bien puede afirmarse con Pradier-Fodéré que el protectorado es una de las instituciones de Derecho internacional que se presta menos a ser definida.

A pesar de que el proceso histórico que ha seguido dicha institución nos revela que esa relación jurídica se manifestó casi siempre entre dos Estados o agrupaciones políticas distintas, también nos muestra porción de casos en los que no se dan estos caracteres o en los que dicha relación surge como consecuencia de otras causas, toda vez que la misma puede estar condicionada

³⁶⁹ GARRIDO FALLA F (1950): “La Administración indirecta del Estado y descentralización funcional” Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local. Págs 132-133.

³⁷⁰ *Ibidem*

indefinidamente tanto por el protector como por el protegido. Por este motivo ha dicho muy bien Revilliod que el nombre de protectorado se aplica a organizaciones o relaciones jurídicas tan diversas que bien puede asegurarse que esa palabra es una etiqueta que cómodamente se coloca sobre toda clase de combinaciones de supremacía política o de expansión colonial” ³⁷¹

En la actualidad, el protectorado puede definirse como aquella potestad administrativa³⁷² que surge como consecuencia de la interacción Estado-Sociedad, con el fin de velar por el interés general de los ciudadanos en los términos legalmente previstos, y que sitúa a su objeto y los bienes asignados en un ámbito semejante al reservado a los públicos, circunstancia que explica el intenso grado de intervención de la Administración. Esto le permite dictar actos administrativos y articular todas las intervenciones inherentes a la potestad que está ejerciendo, dentro de los límites establecidos que respeten el marco de libertad y garantía que la Constitución impone, afirmándose que no se trata de controlar sin más el ejercicio del derecho de que se trate, sino de garantizar su recto ejercicio.

b) Caracteres

Las características que definen al protectorado consisten, básicamente, en que se trata de una interacción Estado-Sociedad a través del ejercicio de una actividad administrativa específica.

La interacción Estado-sociedad se pone de manifiesto con especial virulencia en los entes de carácter social. Sobre el protectorado que se ejerce

³⁷¹ *Ibidem*

³⁷² Vid STS de 7 de febrero de 2001. Ar 1101.

sobre las cajas de ahorro, la STC18/1984, de 7 de febrero, FJ Cuarto³⁷³, precisa algunas consideraciones de las que se puede extraer consecuencias para nuestro objeto de estudio: los actos que se dictan en el ejercicio del protectorado, no convierte a la organización de que se trate en ente público, sino que pone de manifiesto la interacción Estado-Sociedad.³⁷⁴

También se ha determinado por parte de la Jurisprudencia, que las leyes pueden prever un tipo de acción administrativa, el protectorado, para asegurar el cumplimiento de unos determinados fines. Se articulan una larga serie de actos de protectorado, como son los de reconocimiento, clasificación, conservación, y gestión de los bienes vigilancia de la actuación de los representantes legítimos, autorizaciones para la conversión de bienes o enajenaciones, contabilidad, pudiendo llegar incluso a suspender o a sustituir a tales representantes , etc..

Sobre esta consideración resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 61/1998 (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 8ª) de 26 de enero Ar.1064.

c) Fines asignados

El protectorado sobre instituciones de carácter social deberá velar por el interés general de los destinatarios³⁷⁵. El objetivo a alcanzar es el máximo beneficio de los destinatarios de la prestación de que se trate. Así lo evidencia la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Diciembre de 1985 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar.669).

³⁷³ *Ibidem*

³⁷⁴ PÉREZ GÁLVEZ, JF (2007), p.. 140

³⁷⁵ Vid STS de 24 de diciembre de 1985. Ar.6404.

d) Naturaleza de los bienes asignados

La adscripción de un conjunto de bienes a un fin de carácter social, lo sitúa en ámbito semejante al reservado a ciertos bienes públicos circunstancia que explica el intenso grado de intervención de la Administración, casi tan riguroso como el que constituye la tutela. Así lo pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 28 de septiembre de 1984, Ar.4311.

ii. **Tutela**

a) Tutela *ad intra*

Resulta frecuente para un jurista oír hablar de tutela civil o de la tutela judicial efectiva, pero no de la tutela administrativa.³⁷⁶ Sin embargo, esta actividad se encomienda a la Administración con cierta frecuencia, además puede tener operatividad en el seno de la Administración Pública, o en las relaciones de esta con los particulares cuando su misión afecta al interés general o el buen fin de algún sector concreto de la actividad humana.

Por tanto es necesario precisar el conjunto jurídico de esta categoría que a primera vista resulta un tanto difusa, incluso para los estudiosos del Derecho Administrativo. Así lo expuso Baena Alcázar:³⁷⁷

Cuando Entrena Cuesta aborda las relaciones entre la Administración General del Estado o la Administración de la Comunidad Autónoma y las entidades que integran su Administración Local, dentro de las relaciones de subordinación incluye : el control jerárquico, el control de tutela y el deber de

³⁷⁶ PÉREZ GÁLVEZ, JF (2007) , p. 146

³⁷⁷ BAENA ALCÁZAR del M (1964) "Los entes funcionalmente descentralizados y su relación con la Administración Central" en Revista de Administración Pública núm 44. Págs 99-103.

información³⁷⁸. Del segundo afirma que constituye la manifestación clásica del control administrativo sobre los entes descentralizados.

Sin embargo señala que este dato esencial de la descentralización administrativa deberá ser estudiado en el ámbito de la teoría general de la organización administrativa. Es más deberá ser estudiado en el ámbito de la general del Derecho Público, pues de otro modo no estaremos en condiciones de precisar su alcance cuando estemos ante otra materia a la que también sea de aplicación. De la definición propuesta se deduce que la existencia de dos elementos: el sujeto activo, que será todo aquél que dependa de los entes descentralizados y el sujeto pasivo que será todo ente descentralizado.

El contenido de la tutela administrativa lo integrarían las facultades de control otorgadas con carácter limitativo por el Derecho positivo al ente que la ejerce, y sus consecuencias son el control limitado, a diferencia de lo que ocurre con el control jerárquico, y que ha de ser atribuido expresamente por el derecho positivo.³⁷⁹

De forma que sólo será admisible cuando la actividad del ente tutelado incida en un ámbito de intereses superiores a los que le son propios ; o cuando tales medidas vengan impuestas por los principios de unidad o coordinación con los que el de autonomía se halla íntimamente engarzado, y en segundo lugar, su aplicación habrá de interpretarse de forma restrictiva.³⁸⁰

La causa es la necesidad de lograr la unidad de actuación en cuantos entes persiguen los fines públicos, es decir, de toda la Administración pública.

³⁷⁸ ENTRENA CUESTA, R (1995) *"Curso de derecho administrativo"* vol ½ Madrid: Tecnos. Pp. 43-49

³⁷⁹ PÉREZ GÁLVEZ, JF (2007) pág. 151

³⁸⁰ ENTRENA CUESTA, R (1995).

Ello se consigue velando por la legalidad de los actos del ente descentralizado y por la adecuación de tales actos a aquel sector de interés público que el sujeto tutelante tiene encomendado. Por ello son distintas las finalidades del acto tutelante y el tutelado. Éste, perseguirá la realización de los fines propios del sujeto que lo dicta. Aquél, en cambio, no está pensando en estos fines, sino en el interés general del ente superior. Por ello son también distintos los contenidos de uno y otro tipo de actos: el controlado tiene un contenido sustantivo; en cambio, el controlante tiene un valor meramente adjetivo. La forma de ejercicio expuesta de menor a mayor intensidad son³⁸¹: La comunicación, los informes, la autorización la aprobación, la suspensión, la anulación y la ejecución por sustitución.

b) Tutela *ad extra*. La tutela del interés público

La tutela que ejerce la Administración en aquellos sectores que afectan a los ciudadanos de modo general vendría a tener globalmente las características expuestas en la tutela *ad intra*. Dicho de otro modo, existen dos sujetos, el activo y el pasivo que se corresponden con el tutelante y el tutelado. La causa o motivación para actuar vendría a ser aquellos supuestos en los cuales la actividad del ente tutelado incide en un ámbito de intereses superiores a los que le son propios, o en aplicación de la coordinación o principio de unidad. Se trata evidentemente de supuestos de aplicación restrictiva que sólo se manifiestan cuando resulta imprescindible atendiendo a los motivos expuestos.

Sin embargo parece existir una sombra de duda, cuando se asegura que la tutela administrativa es una facultad de control otorgada por el derecho positivo. Entonces, tutela y control ¿son lo mismo? O ¿la primera forma parte del contenido de la segunda? Para responder a estas preguntas debemos

³⁸¹ *Ibidem*

recordar que ejercitar un poder, es hacer uso de una libertad³⁸² que lleva aparejada la utilización de distintas facultades. Entre esas facultades se encuentra -entre otras- la facultad de control. Pero no olvidemos que la tutela implica guarda y protección del interés general, investido de una atribución de imparcialidad que permite el desempeño efectivo y justo de del cometido que tiene asignado. En caso contrario, los tribunales restaurarán el orden perturbado, pues ellos tienen como atribución expresa la tutela judicial efectiva, que tal y como ha sido expuesto, implica al menos: acceso a la jurisdicción, derecho al proceso debido y eficacia de la sentencia que en su caso pudiera pronunciarse. Todo ello en virtud de la legitimación del estado para asumir el monopolio de la jurisdicción.

iii. **Vigilancia**

En muchas ocasiones, el cometido de los poderes públicos, al igual que puede suceder en la empresa privada, consiste en la vigilancia. A juicio de Entrena Cuesta la diferencia esencial entre la tutela y la vigilancia administrativa estriba en que en este segundo caso, quien la ejerce está pensando no en su propio interés, sino en el interés del ente vigilado³⁸³. De este modo, la actividad de vigilancia se configura como una actividad policial, como una función orientada a prevenir los riesgos y daños, como un importante factor de disuasión percibido por todos. Es decir, se trata de un conjunto de medios personales y materiales de vigilancia y observación con una doble misión: disuadir y realizar las actuaciones necesarias para que si se comete un ilícito reciba su contraprestación.

³⁸² PÉREZ GÁLVEZ, JF (2007) pág. 152

³⁸³ ENTRENA CUESTA, R (1995) pág 48.

iv. **Control**

Los mecanismos de control son diversos. Pensemos por ejemplo en el control desempeñado por las instituciones de policía o vigilancia pública, o en el control ejercido por registros públicos. Sin embargo, quizás no sea el de la inspección como medio de control, que tiene evidentes peculiaridades respecto del control que se acomete a través de otros medios. A juicio de Ramón Parada el control es la actividad que permite comprobar la adecuación de la Administración a las normas y fines establecidos en el ordenamiento jurídico. En ese empeño están responsabilizados todos los poderes del Estado³⁸⁴. Asimismo distingue: control de legalidad, control de oportunidad, control de eficacia, control sucesivo, control permanente que supone la vigilancia continua y controles provocados.

La actividad de control implica la situación de supremacía en la que se encuentra el órgano que controla respecto al controlado. Se materializa en unos mecanismos de contacto, de vínculos, de la Administración con la realidad en la que aquella adopta una conducta activa de comprobación de la adecuación del ser al deber ser.³⁸⁵ Culmina en la formulación de una declaración de juicio sobre las concordancias entre los comportamientos de los órganos y personas y la previsión que de los mismos se hace por el legislador. Y todo ello implica que la actividad de control es el presupuesto jurídico de otra actividad, que es la que tiende a determinar las reacciones que las discordancias constatadas entre la realidad y el modelo legislativo producen.

Se configura como una técnica dual. Por una parte, es utilizado como un método de organización por parte de la Administración. Es decir, se pretende verificar si ciertas conductas se adecuan o no a los fines previamente

³⁸⁴ PARADA VÁZQUEZ R (1997) "Derecho Administrativo, vol II". Madrid: Marcial Pons. Págs 62

³⁸⁵ PÉREZ GÁLVEZ, JF (2007j) pág 156

establecidos. Por otra la actividad administrativa de control se efectúa en el entorno del cumplimiento de los deberes enmarcados en las normas jurídico-públicas. Verificar si existe la exigida adecuación a lo debido.³⁸⁶ Este es el sentido que la Ley 28/2006, de 18 de julio, atribuye a la Disposición adicional séptima.

Dado que el acto de inspección se dirige a comprobar el respeto de los preceptos, con el fin de tutelar intereses generales o particulares, y por tanto se orienta no solo al fin de adquirir noticias, sino a ejercer un control, la relación entre éste y la inspección vendría a ser una relación de género y especie, con las consecuencias que tal aseveración implica. Por tanto, entre las distintas finalidades de la técnica de control podemos citar las siguientes: ³⁸⁷verificar el cumplimiento de deberes que tiene el ciudadano , cuya incidencia sobre terceros lo es sólo de manera mediata; en otras ocasiones el control se extiende al cumplimiento de la normativa que implica protección de terceros e incluso la protección a uno mismo (normas de edificación, seguridad vial, etc.); en ocasiones se orienta al control de las normas que tutelan determinados intereses públicos o generales, más que la propia Administración (patrimonio histórico, urbanismo etc.); o se utiliza para el control de determinadas normas jurídico-privadas, pero que tienen una especial incidencia sobre la protección de los ciudadanos generalmente frente a las empresas, ante las que se encuentran en situación objetiva de inferioridad.

v. Inspección

No es fácil precisar el contenido de la función de inspección de modo general y abstracto. No las normas sobre la misma, ni el sentido usual de la

³⁸⁶ *Ibidem*

³⁸⁷ *Ibidem*

expresión (que remite las ideas de acción de vigilar, examinar minuciosamente, reconocer, controlar o comprobar) aportan perfiles claros.³⁸⁸

El término inspección, como el de otras categorías del Derecho Administrativo puede tener distintas acepciones. Una puede tener carácter objetivo, y por tanto se referirá a la función o actividad. Otra puede tener carácter subjetivo, y se referirá a los órganos administrativos que tiene encomendada dicha función. Pero en ocasiones las cosas no son tan claras como parecen, porque con frecuencia se encomiendan a la inspección funciones adicionales a su propia actividad, o se ejerce esta función por órganos no especializados exclusivamente en ella. Por todo ello nos parece adecuado afirmar que la inspección es una potestad de la Administración que ejercita una actividad administrativa de policía mediante funcionarios, a través del procedimiento administrativo, para comprobar o constatar el cumplimiento de la normativa a realizar cuantas actuaciones sean precisas, en orden al cumplimiento de sus funciones, recabando si es necesario el auxilio de las restantes Administraciones y de los ciudadanos. Por todo ello, se alude a una función pública y a un particular procedimiento reglado de comprobación llevado a cabo por determinados agentes de la Administración, de modo que el que inspecciona no sólo investiga, constata, da fe de alguna circunstancia, sino, que, además lo hace con un concreto fin, como es contrastar la adecuación de lo observado a lo que es debido, y que es sobradamente conocido por los ciudadanos.³⁸⁹

Por todo ello, la diferencia fundamental entre la inspección y las demás facultades que hemos expuesto está, en que en ésta concurren todos los caracteres que acabamos de señalar. Además la tutela, vigilancia, control o la

³⁸⁸ *Ibidem*

³⁸⁹ *Ibidem*

supervisión se centran en el desarrollo efectivo de la actividad de que se trate, mientras que la inspección encuentra su cometido en el objeto. Dicho de otro modo, tienen por misión el control del riesgo derivado preferentemente de actuaciones u omisiones directas de personas físicas, mientras que la actividad de inspección tiene por objeto el control de los riesgos concretos o abstractos, inmediatos o hipotéticos, derivados de la titularidad de una actividad organizada, típicamente en un establecimiento o instalación.

En definitiva, estamos ante una delegación intersubjetiva entre una Administración pública territorial -la Administración General del Estado- a favor de una Administración pública vinculada o dependiente de ella: la agencia estatal para la mejora de los servicios públicos.³⁹⁰

Respecto a las facultades inherentes a esa delegación de competencias, y en base a las distintas hipótesis que hemos estudiado, es posible hacer algunas consideraciones, a modo de conclusiones generales sobre el particular.

Descartando el protectorado, por tener un objeto claramente diferenciado de las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, de las demás es posible encontrar facultades que determinan la naturaleza jurídica de la delegación que mantiene esencialmente con el ministerio de adscripción, y en segundo lugar con los ministerios de Administraciones Públicas y Economía y Hacienda.

Especial incidencia tendrá la tutela tanto *ad intra* como *ad extra* (pues tal y como se ha expuesto no existe una relación de jerarquía, a pesar de tratarse de una delegación intersubjetiva), así como la facultad de control orgánico y funcional, entendida la primera (tutela) como la facultad otorgada con carácter limitado, por el derecho positivo a un ministerio, sobre las personificaciones instrumentales

³⁹⁰ *Ibidem*

descentralizadas de él, para velar por la legalidad de los actos de tales entes y su adecuación a aquel sector de interés público de la competencia del ente tutelante, tratando de verificar si las conductas se adecuan o no a los fines previamente establecidos y todo ello en el entorno del cumplimiento de los deberes enmarcados en las normas jurídico- públicas. Todo ello sin descartar las restantes (vigilancia, inspección).

C) Objetivo de la creación de agencias

La primera pregunta que nos debemos plantear al abordar el estudio de lo que significa el servicio público y su mejora, es si la naturaleza de la actividad a realizar – programas correspondientes a políticas públicas de la competencia del Estado es sinónimo de servicio público.

El objeto de la Ley 28/2006, de 18 de julio, es la creación de las agencias estatales para la gestión de los programas correspondientes a políticas públicas de competencia del Estado. ¿Son por tanto, lo mismo dichos programas que el servicio público?

Si es así, el título de la Ley “de agencias estatales para la mejora de los servicios públicos” sería correcto, acertado, estaría describiendo con precisión el objeto y finalidad de la misma. En caso contrario se trataría de una grave imprecisión que daña frontalmente el sentido y alcance de las agencias que se pretende crear al denominarlas de esta manera.³⁹¹

Para aclarar las dudas, resulta necesario examinar brevemente, el contenido de lo que se entiende como servicio público. El citado término resulta de gran interés para

³⁹¹ *Ibídem*

el objeto de nuestro estudio, pues cabe preguntarse si la defensa en sí misma considerada, es un servicio público o no.

i. Origen y significado de servicio público

Tal y como han puesto de manifiesto entre otros autores Ariño Ortiz,³⁹² el servicio público hay que plantearlo en el marco de un esquema más general : el de los fines del Estado.

En su origen aparece el concepto de servicio público, como un concepto político que abarca cualquier actividad estatal, es decir, todo aquello que tiene relación con los intereses colectivos del Estado y, por tanto, algo que atañe personalmente a todos los que integran la nación, algo que se contrapone a los asuntos privados. Además, tiene otra dimensión. Se trata de actividades destinadas al servicio del público, es decir, acciones a través de las cuales se asegura a los ciudadanos la satisfacción de una necesidad sin que cada ciudadano tenga que atender personalmente al cuidado de ella.³⁹³

En nuestro país, el concepto de servicio público aparece antes que el de dominio público. La Ley Madoz, de 1 de mayo de 1855, declaró exceptuados de venta *“los edificios y fincas destinadas o que el gobierno destinase al servicio público”*.³⁹⁴ Con anterioridad, Jovellanos Floridablanca y Aranda introdujeron de hecho, la noción moderna de servicio público,³⁹⁵ por influencia directa de la Revolución francesa. El servicio público sucede al servicio del Rey, porque se ha

³⁹² ARIÑO ORTIZ, (1999) , pp. 480 y ss.

³⁹³ *Ibidem*

³⁹⁴ VILLAR PALASÍ (1952) , pp. 690-691.

³⁹⁵ *Ibidem*

operado una sustitución en la titularidad de la soberanía. Dicha transmisión tendrá lugar en lo que hoy denominamos servicios públicos asistenciales.³⁹⁶

La Ilustración delimitó dos ámbitos nítidamente separados: el Estado y la Sociedad, cuya relación queda articulada a través de la representación igualitaria de la sociedad en el Parlamento. Durante la Revolución Francesa, los prejuicios antigremiales cristalizan con la prohibición de todo tipo de organizaciones intermedias, y de este modo se sientan las bases sociopolíticas para el surgimiento de la idea de servicio público.³⁹⁷

Actividades asumidas por los Gremios, la Iglesia, las Fundaciones, las Corporaciones, las Universidades y otros Entes hasta mediados del siglo XIX, pasan a ser asumidas por el Estado ante el vacío que se produce y declara estas actividades como propias. A continuación, la primera Revolución industrial y el alumbramiento de las concesiones administrativas como una fórmula que compatibiliza la titularidad estatal de las actividades, y la gestión indirecta que preconiza la titularidad estatal de las actividades, y la gestión indirecta que preconizaban las concepciones ideológicas de signo liberal, originan la publicación de múltiples actividades.³⁹⁸

Es una constante de la evolución administrativa el paso sucesivo para la satisfacción de las necesidades públicas de uno a otro de los siguientes modos ser colmadas y según el siguiente orden: policía, fomento y servicio público.

La policía es el método propio de la administración del antiguo régimen, el fomento lo es de la época liberal y el servicio público lo es del Estado

³⁹⁶ PÉREZ GÁLVEZ, (2007), p. 178

³⁹⁷ *Ibidem*

³⁹⁸ *Ibidem*

moderno.³⁹⁹ Entre las dos guerras mundiales, el servicio público sigue aportando nuevas modulaciones que se traducen al campo jurídico en la aparición del servicio público industrial y el servicio público virtual o funcional. Al terminar la segunda guerra mundial su aportación es al movimiento nacionalizador, y sirve de justificación a una tendencia de contornos imprecisos que se consolidaría posteriormente, la actividad económica pública generalizada, actividad caracterizada por el protagonismo económico en el mercado de bienes.

La última etapa es la del Estado programador de la vida social. No le interesa tanto producir como hacer que los demás produzcan; instrumentar técnicas con las empresas privadas que hagan jugar a éstas como agentes económicos en el cumplimiento de programas nacionales⁴⁰⁰ Ciertamente, el número de servicios había ido aumentando con la civilización, y a los tradicionales dotados de *imperium*, como defensa, policía y justicia, se han añadido otros de carácter más técnico y de índole muy diversa. Debe establecerse como límite que, en la medida los participantes puedan satisfacer la necesidad suficientemente, procede la dejación de pública. Incluso la experiencia histórica aconseja la preferencia por un sistema prestacional concurrente, siempre que sea posible.

Hoy como ayer, el servicio público, constituye uno de los ejes fundamentales sobre los que se vertebra la actividad administrativa. Quizás por ello se puede afirmar que el servicio público es una de esas nociones fundamentales cuyo contenido sólo ha podido ser precisado en breves periodos

³⁹⁹ *Ibidem*

⁴⁰⁰ ARIÑO ORTIZ, (1993) , p. 283.

de tiempo y cuyos contornos se resquebrajan al compás de las contradicciones de las Leyes y las decisiones jurisprudenciales.

En todo caso, es necesario afirmar que la actualización de la noción jurídica de servicio público nos lleva a analizarlo en cada momento como un punto de partida. Es decir, nos sirve para apreciar como esta categoría del derecho administrativo, puede tener unidad de sentido a pesar de sus diversas formas de expresión institucional: servicios públicos reservados o no a la titularidad exclusiva de la Administración; obligaciones de servicio público a las actividades privadas; el servicio público objetivo, que bajo la denominación de servicio universal, y derivado del Derecho comunitario, ya ha sido adoptado en nuestro ordenamiento jurídico. Se puede afirmar que hemos pasado desde una concepción del Estado social definido por la intervención pública frente al mercado, a un modelo donde el Estado, para el logro de sus fines, opera con el mercado.⁴⁰¹

ii. El concepto de servicio público

Aurelio Guaita⁴⁰² hace una clara distinción entre el concepto de servicio y de servicio público:

“se entiende por servicio la prestación o actividad que, al menos con cierta continuidad, realiza una persona a favor o beneficio de otra. La prestación tanto puede consistir en actividad pura, en un hacer, como en una actividad que entrañe además la entrega de cosas o de bienes, es decir actividad consistente en un dar [...]. Ahora bien, la idea de continuidad es esencial para un concepto válido y jurídico de servicio; es precisamente esa repetición de actos lo que engendra el servicio; una prestación aislada no

⁴⁰¹ PÉREZ GÁLVEZ, (2007) ,p. 180

⁴⁰² GUAITA (1964), pp.64-66.

merece técnicamente el nombre de servicio [...]. La idea de servicio, como la de funcionario, como la de comerciante, como la de suministro, etc.. entrañan in essentia la continuidad, la habitualidad, la profesionalidad”.

Sobre el concepto de servicio público nos advierte de la existencia de tantos conceptos de servicio público como autores han estudiado la cuestión. Aun así deja constancia de algunos caracteres insoslayables:

“Servicio público es la prestación o actividad que la Administración por consideración directa al interés público, realiza en beneficio de los particulares o administrados. Si es esencial, tiene que serlo: a) que la prestación sea regular y continua; b) que lo preste la Administración pública (u otra persona a la que se lo conceda la Administración, es decir, un concesionario); c) que se preste al público, que adquiere con ello la condición de público usuario del servicio; un servicio que se preste la Administración a sí misma no es servicio público, ni siquiera un servicio, pues éste, como ya se ha dicho , requiere la prestación o actividad de una persona en beneficio de otra; d) por último, la actividad de prestación en que el servicio público consiste, se realiza precisa y directamente por motivos y finalidades de interés público [...]”.

Por otra parte resulta conveniente mencionar las notas definitorias de servicio público aportadas por el profesor Arino Ortiz⁴⁰³:

Titularidad estatal, actividad destinada al público, indispensable para la vida social cuya gestión no supone el ejercicio de poderes soberanos.

Teniendo en cuenta las definiciones indicadas, debemos afirmar la posible equiparación o equivalencia entre el objeto que se asigna

⁴⁰³ ARIÑO ORTIZ, (1999) pp.490-491.

genéricamente a las agencias estatales y el servicio público. Más concretamente, en el ámbito de nuestro estudio, la eficiencia en la gestión de programas especiales de armamento, que se pretende conseguir a través, entre otras medidas, de la creación de una agencia de adquisiciones en el ámbito del Ministerio de Defensa, podemos afirmar que la defensa es en sí un servicio público de *imperium* presente desde épocas inmemoriales. La eficiente gestión de este servicio (mejora de la prestación) no deja de ser parte del todo (servicio de defensa) y por tanto existe coincidencia de objeto.

5.2. DISEÑO DE UNA AGENCIA DE ADQUISICIONES EN EL ÁMBITO DEL MINISTERIO DE DEFENSA

5.2.1. Objeto de creación, organización y medios

Una vez concluido el análisis jurídico de la Ley 28/2006 sobre agencias estatales, entramos directamente en el estudio de la posible implantación de este tipo de entes, en el ámbito del Ministerio de Defensa, habida cuenta de lo expuesto en relación con la también implantación de la colaboración público-privada en el citado ámbito de la Administración.

Para ello, en primer lugar, nos debemos plantear qué ventajas tendría, cuáles serían los inconvenientes que aparecerían proyectados sobre la gestión que en la actualidad se lleva acabo y por último en el caso de considerar conveniente su creación, nos deberíamos plantear la utilización de algún organismo autónomo de defensa ya existente, con objeto de aprovechar las sinergias que se derivan de un organismo en funcionamiento.

A) Objetivos:

El objetivo de esta agencia estaría orientado a la óptima gestión de la obtención del armamento y equipo, así como del sostenimiento de los mismos, que en su caso se le encomendasen, fundamentada en el cumplimiento de objetivos claros, medibles y orientados hacia la eficiencia en el resultado de todo el proceso de satisfacción de necesidades. Éstos irían encaminados a optimizar el nivel de operatividad, disminuir el tiempo de respuesta y reducir costes. Todo ello dentro de un ámbito de estrechas relaciones con el sector privado.

Cabe señalar que teniendo en cuenta el contenido del artículo 4 del Real Decreto 454/2012, de 20 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, estas actividades inicialmente están encomendadas a la Dirección General de Armamento y Material.

La agencia o el organismo autónomo responsable tendría como cometidos principales los siguientes:

- a) Gestión y tramitación de los expedientes de adquisición de los sistemas y equipos necesarios para las Fuerzas Armadas.
- b) Negociar y gestionar la cooperación industrial y las compensaciones derivadas de las adquisiciones en el exterior y controlar la transferencia de tecnología nacional a terceros países, así como evaluar, controlar y coordinar la obtenida como consecuencia de programas, acuerdos o convenios internacionales.
- c) Colaborar en la formulación y ejecución de la política industrial de la defensa, coordinando su actuación con el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y otros organismos pertinentes.
- d) Mantener un conocimiento actualizado de las capacidades que ofrece la industria nacional en relación con la defensa, clasificando las empresas suministradoras por sectores tecnológicos e industriales.

- e) Dirigir y, en su caso, ejecutar la inspección técnica y económica de la actividad industrial relacionada con los bienes y servicios para la defensa, e intervenir como órgano técnico en el aseguramiento de la calidad del armamento y material de defensa.
- f) Relacionarse, en coordinación con la Dirección General de Política de Defensa, con organismos internacionales y extranjeros en cuestiones de armamento y material. Negociar, gestionar y promover, en la parte que corresponda a la política de armamento, los programas de cooperación con otros países.
- g) Participar en el control del comercio exterior de material y tecnologías de defensa y de doble uso, tanto en la importación como en la exportación y tránsito, de acuerdo con la legislación vigente.
- h) Proponer, promover y gestionar los planes y programas de investigación y desarrollo de sistemas de armas y equipos de interés para la defensa nacional.

Todo parece aconsejar que la agencia asuma dichas funciones, inicialmente especializada en procesos de adquisición y posteriormente, en caso de que así se revelase conveniente, también las de sostenimiento. Este ha sido el modo de proceder, como ya se ha puesto de relieve de varios países de nuestro entorno

Un alto grado de especialización en esta materia permitiría a la propia agencia prestar sus servicios a otras entidades tanto privadas como públicas. Piénsese en las diferentes aeronaves, vehículos blindados, armamento que utilizan las diferentes policías, guardia civil, etc. las actividades de adquisición de estos entes podrían en la medida en que fueran compatibles, encomendadas a la Agencia y de esta manera ésta obtendría ingresos.

Ahora bien, la asunción de estas actividades por parte de la Agencia debe estar precedida por la definición de unos objetivos a cumplir en el marco de la gestión de la adquisición de equipamiento en el ámbito del Ministerio de Defensa. Precisamente

este es el problema más importante con el que nos encontramos para justificar la existencia de este tipo de entidad pública.

Es difícil determinar los objetivos a cumplir y mucho más medirlos. No obstante en la mente de todos está la realidad de que no somos eficaces en la gestión de nuestras y adquisiciones y mucho menos eficientes. En gran parte se debe a la rigidez de las normas aplicables al proceso de obtención en el ámbito del sector público, pero el mayor es la complejidad ligada a la planificación y programación de estas adquisiciones, así como a la cierta discontinuidad de la relación del personal que se ocupa de ello. En definitiva estamos haciendo referencia a una especialidad que resulta imprescindible en aras de conseguir una gestión eficaz y eficiente.

No sabemos si la agencia es la solución a nuestros problemas, pero la autonomía funcional con la que cuenta por mandato legal, abre las puertas a un mayor cumplimiento de los principios de eficacia y eficiencia en la gestión de los fondos públicos. Quizás sería conveniente dejar en manos de la agencia la propia planificación de las adquisiciones, a la vista de las necesidades existentes comunicadas por los Estados Mayores.

Proponemos que la agencia de adquisiciones tenga por objetivo general **la eficiente y eficaz gestión de la adquisición del material de defensa necesario para el funcionamiento de los Ejércitos dentro de un marco jurídico basado en la descentralización funcional y responsabilidad por objetivos.**

Los objetivos serían definidos en el contrato plurianual de gestión y concretados en su desarrollo anual.

B) Personal:

Como hemos señalado anteriormente, esta Agencia asumiría gran parte de los cometidos que en la actualidad realizan los Mandos de Apoyo Logístico de los tres Ejércitos. Como establece el propio artículo 18.1, el personal ejecutivo estaría principalmente por aquél que se incorporase desde los citados Mandos de Apoyo Logísticos. Este personal mantendría la condición que ostentase con anterioridad, es decir, funcionario o laboral. No obstante recomendaríamos una selección, basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad para la selección de este tipo de personal más que una integración directa con objeto de poder seleccionar al personal más idóneo.

En cuanto al número se refiere, debe ser inicialmente bajo. La experiencia de funcionamiento de agencias de este tipo en el ámbito internacional demuestra que poco personal experto, bien pagado y motivado es suficiente para atenderlas.

Por lo que se refiere al personal directivo, dependerá de la influencia política recibida en la Agencia. Así, atendiendo al grado de independencia que tenga realmente con respecto a las injerencias políticas este personal será más técnico o menos. Lo ideal sería contar con personal directivo experimentado en su área de actuación. Este personal existe, pues un número considerable de miembros de las Fuerzas Armadas cuentan con la experiencia de haber trabajado en el ámbito de las Agencias internacionales antes mencionadas.

Por último, en cuanto al régimen retributivo, cabe destacar la importancia que se le debe dar a la masa vinculada al cumplimiento de los objetivos fijados en el contrato de gestión. Sin duda este será el mayor incentivo de sus miembros.

C) Recursos económicos:

Los recursos económicos con los que contará la agencia serán los descritos en el art.24 de la Ley creadora. Esto se traduciría en la práctica en las siguientes fuentes de recursos económicos:

- **Transferencias consignadas en los presupuestos.** Por un lado, sustituirían a los créditos con los que cuenta la actual Subdirección General de Adquisiciones de Armamento y Material para la adquisición de material, atendiendo a los programas ya aprobados. Por otro lado, contarían con los créditos necesarios para el sostenimiento propio de la Agencia.
- **Ingresos propios** recibidos como contraprestación de contratos o convenios con otras entidades públicas, privadas, o personas físicas, como retribución de las actividades mencionadas anteriormente.
- **Generaciones de Crédito**, reguladas en el art.27.4., permitiendo, por acuerdo del Director de la Agencia, la aplicación al presupuesto de ingresos del año siguiente -financiando el incremento de gastos- los remanentes de crédito que resulten de la liquidación del ejercicio presupuestario no afectados a financiaciones concretas.
- **Resto de ingresos**

En la práctica, la principal fuente de ingresos procederá de las transferencias consignadas en los presupuestos, que será la traducción de los créditos del capítulo 6 con los que en la actualidad cuentan los Mandos de Apoyo Logístico, así como los propios créditos para el sostenimiento y funcionamiento de la propia agencia.

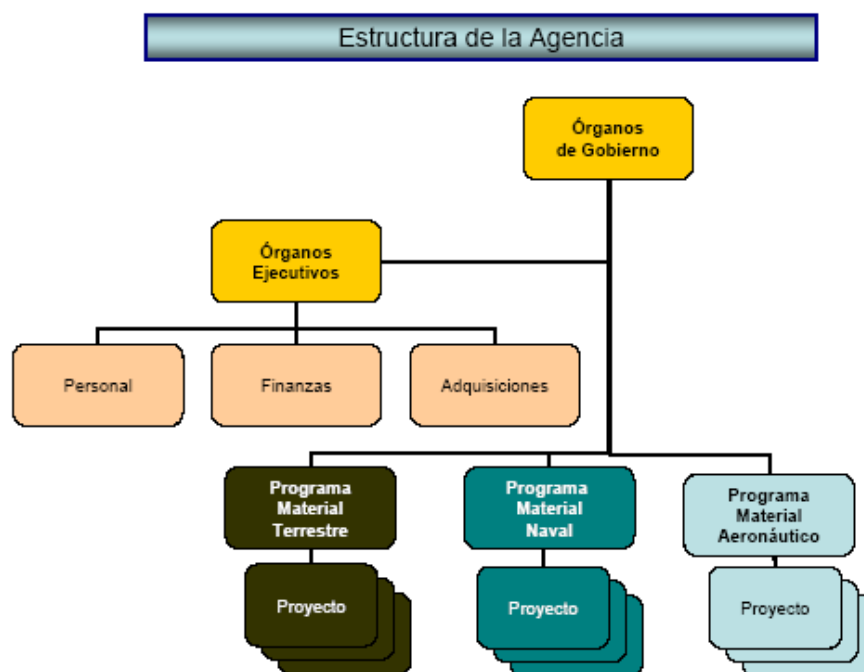
D) Infraestructura

Como ya se indicó anteriormente, en el artículo 7.1 de la Ley “las Agencias Estatales tendrán, para el cumplimiento de sus fines, un patrimonio propio, distinto de la AGE, integrado por el conjunto de bienes y derechos de los que sean titulares”. Podría ser interesante que fuese adscrito a la Agencia el patrimonio de algún Organismo Autónomo que hubiese quedado vacío de contenido debido a la reestructuración que se hubiese producido en el Ministerio de Defensa, bien por haber finalizado su misión o por asumirse éste las misiones de la agencia. En cualquier caso, si se asumiera la función de sostenimiento, las infraestructuras de las Maestranzas, arsenales y parques serían traspasadas a la propia agencia.

E) Principios organizativos y de funcionamiento

Principios Organizativos: Siguiendo el modelo británico de Agencia, y teniendo en los cometidos de la misma, la estructura propuesta sería la recogida en el **Cuadro 5.1:**

Cuadro 5.1: ESTRUCTURA DE LA AGENCIA



Fuente: Elaboración propia

Órganos de Gobierno: Presidencia y Consejo Rector.

Órgano ejecutivo: Será la Dirección de la Agencia. Aún siendo independiente en su gestión, deberá mantener relaciones funcionales con los Mandos de Apoyo Logísticos y los Estados mayores de los respectivos Ejércitos. En cuanto a sus funciones se refiere, destacaría su función como órgano de contratación *per se*.

De la Dirección dependerán todos los servicios generales que apoyen el funcionamiento general (Personal, Finanzas, Adquisiciones –que incluiría un Grupo de evaluación de costes-, etc.) así como los operativos.

Órganos operativos: La distribución orgánica desde el punto de vista operativo estaría compuesta por diferentes programas especializados. Así habría inicialmente los siguientes programas, organizados como Subdirecciones:

- i. Material Aeronáutico
- ii. Material Marítimo
- iii. Material Terrestre
- iv. Programas complejos

Cada programa a su vez, tendría una estructura orgánica semejante, que daría respuesta a la gestión de proyectos o subprogramas concretos. Los objetivos a cumplir por la agencia deberían ser repartidos por programas, en cuya jefatura recaería la responsabilidad última de su consecución.

La actividad de cada programa estaría dividida por proyectos permanente. Así, por ejemplo en el caso del material aeronáutico, existiría un proyecto permanente de helicópteros, otro de reactores, etc.

Para el cumplimiento de sus objetivos, cada programa contaría con personal especializado de las áreas generales de la Agencia.

Principios de funcionamiento: Toda la actividad de la agencia y, por ende, de los programas en los que se pueda dividir, se desarrollaría siguiendo los siguientes principios:

- **Consolidación de la demanda:** la primera idea fundamental de funcionamiento es precisamente la consolidación de la demanda de material de los tres Ejércitos. Mediante esta técnica se pueden obtener economías de escala en la compra de artículos comunes. Y en cualquier caso, ante identidad de proveedores, aumentarían los márgenes de negociación.
- **Singularidad del órgano de contratación:** Se concentrarían las facultades como órgano de contratación en la Dirección de la Agencia.
- **Separación entre la identificación de material y servicios y su adquisición:** La Agencia no tendría, en principio, funciones de identificación de necesidades y planificación de las mismas, sino tan sólo de provisión de las mismas en las mejores condiciones posibles.
- **Coordinación con los órganos peticionarios:** La Agencia mantendría una relación directa y permanente con los órganos peticionarios, asegurando la correspondencia entre la identificación de la necesidad y su provisión.
- **Especialización y formación continua del personal de la agencia:** para el logro de los objetivos que la Agencia tendría encomendados, el personal a su servicio debe ser especialista en su trabajo. Para ello, la formación continua resulta un aspecto esencial.
- **Conocimiento permanente del mercado:** la Agencia debe en todo momento estar al día de las diversas fuentes de obtención, analizando los posibles riesgos, ventajas e inconvenientes de acudir a cada una de ellas.
- **Interrelación de programas:** Las sinergias que se puedan derivar de cualquier pacto, acuerdo o convenio con la industria debe ser extendido en la medida de lo posible hacia el resto de los programas de la agencia.

5.2.2. Valoración preliminar

Una vez expuesta de modo esquemático, la posibilidad de la implantación de una agencia de adquisiciones de la defensa, procede analizar las posibles ventajas e inconvenientes que puede presentar. Como posibles ventajas podemos destacar:

- **Especialización en la actividad:** toda la agencia contaría con personal especializado, motivado y con un cierto grado de permanencia.
- **Flexibilidad en la gestión presupuestaria:** la Agencia gozaría de una autonomía financiera y presupuestaria que le permitiría afrontar sus labores con mayor eficacia.
- **Ahorro de costes de gestión:** al unificar la actividad del aprovisionamiento en único órgano se ahorraría personal y material en los distintos Ejércitos. Así, la consolidación de necesidades daría lugar a una rebaja en los precios.
- **Disminución de la incertidumbre del mercado:** la continua actividad de la agencia asegura un conocimiento exhaustivo del mercado que se manifestará en una reducción de las incertidumbres que presenta el mercado.
- **Establecimiento de objetivos medibles:** el establecimiento de objetivos de actividad y su cumplimiento garantizarían una óptima política de adquisiciones en el ámbito del Ministerio de Defensa.

En cuanto a las desventajas y riesgos que afrontaría destacan hemos identificado los siguientes:

- **Riesgo de politización de la Agencia:** teniendo en cuenta el diseño organizativo establecido en la Ley de agencias, ciertos órganos directivos podrían ser designados por y entre políticos, lo que le haría un flaco favor, al verse sometida a presiones no deseables en su actividad, reduciendo así su

independencia y especialización.

- **Riesgo de incapacidad para la determinación de objetivos:** si la identificación de objetivos no es real, y éstos no son mensurables, no habremos conseguido nada, sino más bien un agente continuador de lo ya existente.
- **Pérdida de control y seguimiento de las adquisiciones por parte del usuario:** en el diseño de la Agencia, se debe asegurar la coordinación con el usuario final de los servicios. Especialmente si tenemos en cuenta que la Agencia acometería distintos proyectos de adquisiciones y colaboraciones público-privadas cuya proyección es a largo plazo.

En cualquier caso, el imperativo de especialidad tanto del personal cuyo cometido es el de gestionar la adquisición y mantenimiento de los complejos sistemas de armas, así como la nueva realidad comercial que va a servir de vehículo para su consecución, aconsejan el estudio e implantación de este tipo de entes, en aras de cumplir con los principios constitucionales de eficacia, eficiencia y economía en la gestión del erario público.

Como se ha apuntado con anterioridad, los cambios organizativos llevados a cabo en el Ministerio de Defensa, facilitan en gran medida el camino hacia la creación de la Agencia. En este sentido, cabe destacar, que de alguna manera las funciones asignadas de la Subdirección General de Adquisiciones, son coincidentes con las que nosotros proponemos que se asignen a la Agencia. Tan sólo su naturaleza y régimen de funcionamiento difieren. En cualquier caso, la nueva estructura será, con toda seguridad, un buen terreno de ensayo de la futura Agencia.

La compleja, a la par que ventajosa, implantación del nuevo contrato de colaboración público privada en el ámbito de los programas especiales de obtención de armamento, requiere el apoyo organizativo de un ente de este tipo. Sólo su implantación y desarrollo posterior nos podrá confirmar el éxito de nuestra tesis.

CONCLUSIONES

El devenir histórico de las distintas formas de administración de los intereses públicos, pone de evidencia un cierto movimiento sinuoso en el que se tratan de armonizar las convicciones ideológicas con los condicionamientos económicos. Este movimiento da lugar a modelos de gestión en los que aparece en mayor o menor medida la participación privada.

A finales del siglo XX y principios del presente, cobra especial relevancia la colaboración público-privada como medio de provisión de las infraestructuras públicas, debido fundamentalmente a la necesidad por parte de la Administración de proveer dichas infraestructuras y al socio privado de desarrollar el correspondiente negocio. No obstante lo anterior, esta forma de colaboración encuentra sus antecedentes más remotos en el Imperio Romano y la Edad Media.

II

La colaboración público-privada se puede definir como una forma de colaboración entre los sectores público y privado con el propósito de desarrollar, construir, explotar y financiar a través de acuerdos entre los dos sectores, por los que se definen los derechos y obligaciones de cada uno de ellos. Esta técnica de colaboración es desarrollada principalmente en el mundo anglosajón. Posteriormente la Comisión Europea, publica su Libro Verde sobre la citada técnica de colaboración que da lugar a la publicación de diferentes Directivas, con objeto de regular su implantación en el ámbito de los Derechos de los Estados miembros.

III

La Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, introduce esta modalidad contractual en nuestro Derecho Administrativo. Las notas definitorias de este contrato son fundamentalmente su naturaleza residual, la necesidad de asunción de riesgos por parte del operador privado y la considerable duración del contrato. Si bien existen

fórmulas semejantes en cuanto a su naturaleza jurídica se refiere, su implantación es muy novedosa e introduce la posibilidad de su aplicación a sectores en los que la participación del operador privado ha estado siempre limitada.

IV

Teniendo en cuenta el nivel de desarrollo tecnológico en materia de Defensa de nuestro país, caracterizado por una dependencia exterior considerable, la inversión en los denominados Programas Especiales de modernización, ha supuesto un impulso para la creación de un tejido industrial en el área de la defensa. Su elevado coste y duración nos lleva a plantearnos la posible adopción de esta técnica contractual para la consecución de estos programas y de su posterior sostenimiento.

En estos primeros estadios de desarrollo, no resulta aconsejable una adopción total de esta modalidad contractual para la adquisición y producción de material militar complejo. No obstante, la incorporación paulatina de estas técnicas de colaboración en el sector de la defensa es posible y además necesaria. Si bien, debe realizarse con mucha cautela y de forma progresiva. Para ello, se deben ensayar estas fórmulas con el mantenimiento y sostenimiento de los sistemas de armas en servicio y con los que en un futuro cercano lo estarán.

Habida cuenta de los problemas que presentan los actuales programas especiales de modernización, en cuanto a su gestión se refiere, se considera necesaria la actualización de la organización a través de la cual se desarrollan, pasando de un modelo de gestión tradicional a uno especializado. La creación de una agencia se considera como la única solución viable.

Además la implantación de las nuevas técnicas contractuales en el ámbito de los programas especiales, también debe contar con un modelo organizativo de gestión adecuado. Esto es, con una agencia. Ente que habrá de crearse a imagen y semejanza de los ya existentes en el ámbito internacional al amparo de la Ley 28/2006 de

Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos. La puesta en marcha de esta agencia redundaría en una mayor eficacia y eficiencia que incluso sería exportable a otros sectores de la Administración. Entendemos que las medidas que se están adoptando en el ámbito del Ministerio de Defensa avalan nuestra tesis, pues podemos considerar que su implementación constituirá el embrión de la futura Agencia de Adquisiciones de la Defensa.

REFERENCIAS

ACERETE GIL, José Basilio (2004): *Financiación y gestión privada de infraestructuras y gestión de servicios públicos. Asociaciones público-privadas*. Colección Investigaciones, no. 2/04. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales. Accesible en internet: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/libros/Investigaciones/Inves2004_02.pdf

ALDAMA Y MIÑON, E. y otros (2008) . Monografía publicada en EURO-DEFENCE España. "Las oportunidades que ofrece la colaboración público-privada en el ámbito de la defensa". Madrid: Instituto Superior de Estudios Empresariales S.A.

ALLEN, Grahame (2003): *The Private Finance Initiative*. Research paper 03/79 (October 21). London: House of Commons Library. Accesible en internet: <http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/rp2003/rp03-079.pdf>

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L, (1992): *"El protectorado de las fundaciones: visión moderna"* Santander: Colección de Ciencias sociales, Fundación Marcelino Botín.

ÁLVAREZ PASCUAL, Salvador (2012): "El impacto de la crisis económica en los presupuestos de industria de la defensa europea" en la monografía del CESEDEN nº 125 de febrero de 2012, titulada "El impacto de la crisis económica en el área de la seguridad y defensa".

ÁLVARO MONTERO, Ángel de - ACHA BESGA, Borja (2011): "Análisis diacrónico de las formas de colaboración entre los Estados y el sector privado y, en particular, la colaboración público privada en el ámbito de la defensa", en PALOMAR OLMEDA (*dir.*) (2011), pp. 25-84.

ARIÑO ORTIZ, G. (1999) *"Principios de Derecho Público Económico"*. Granada: Comares.

ARIÑO ORTIZ, G. (1993) *"Economía y Estado"*. Madrid: Marcial Pons

ARIÑO ORTIZ, G. (2008) "El Contrato de Colaboración Público-Privada". Trabajo presentado en la Universidad de los Andes, Bogotá, en la VI Jornadas Internacionales sobre Contratación Pública, Colombia, 2008. Posteriormente reelaborado para el Curso de Formación Continua del Ayuntamiento de Almería, en Octubre de 2010.

ARTOLA, M. (1990) *"Historia de España, Vol V, la burguesía revolucionaria"* Madrid : Alianza editorial.

AUDIT COMMISSION, Building for the Future. The Management of Procurement under the Private Finance Initiative, 2001

BAENA DEL ALCÁZAR, M. (1964) en "Los entes funcionalmente descentralizados y su relación con la Administración Central" *Revista de Administración Pública* núm 44.

BANCO EUROPEO DE INVERSIONES, *The EIB's role in PPP*, julio de 2004.

BASSOLS COMA, M. (1977): "Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público", en *Revista de Administración Pública*, núm 82, Ene- Abr.

BENITO LÓPEZ, B. y MONTESINOS JULVE, V. (2003): "Análisis de la financiación ¿privada? de infraestructuras", en *RVEH*, núm 9, III/2003.

BUENO HUDSON, J. (2011): "*La acotación del riesgo en la financiación estructurada de un Project finance*" en *La Colaboración Público Privada: Análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad*. Aranzadi. Madrid .

CASTRO Y BRAVO, Federico de (1981): "*La persona jurídica*". Madrid: Civitas.

CASTRO Y BRAVO, Federico de (1972) "*Temas de derecho civil*". Madrid: Marisal.

CAYÓN GALIARDO, A (1988): *La unidad funcional de la Hacienda Pública*, Madrid, IEF.

CLARK, Gordon L. – ROOT, Amanda (1999): "Infrastructure shortfall in the United Kingdom: the private finance initiative and government policy", *Political Geography*, vol. 18, no. 3, pp. 341-365. Accesible en internet:

http://www.researchgate.net/profile/Gordon_Clark/publication/223290819

CHINCHILLA MARÍN, C (2006) : "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el privado", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm 132. Madrid

COMUNICACIÓN de la Comisión de 23 de abril de 2003 sobre desarrollo de la red transeuropea de transporte: financiaciones innovadoras. Interoperabilidad del telepeaje.

COMUNICACIÓN de la Comisión (COM 2009/615 final) de 19 de noviembre de 2009 "Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)".

COMISIÓN ECONÓMICA PARA EUROPA (2000): "Negotiation platform for PPP in infrastructure projects". URL: www.unece.org

COMISIÓN EUROPEA [COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS] (2009): "Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)" [COM 2009/615 final]. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones (19 de noviembre). Accesible en internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0615:FIN:ES:PDF> y <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009DC0615:ES:NOT>

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO: Dictamen acerca del Libro verde sobre la colaboración público privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones (2005/C120/18).

COMITÉ DE LAS REGIONES: Dictamen acerca del Libro verde sobre la colaboración público privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública (2005/C71/05).

CONSEJO EUROPEO [CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA] (2005): “Mejorar la aplicación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento”, en *Conclusiones de la Presidencia* (Consejo Europeo de Bruselas, 22-23 de marzo) [7619/1/05 REV 1], Anexo II, pp. 21-38. Bruselas. Accesible en internet: <http://register.consilium.eu.int/pdf/es/05/st07/st07619-re01.es05.pdf> y http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/84344.pdf

CUENCA MIRANDA, S. (2009) “Conceptos básicos en la financiación de proyectos de colaboración público-privada”, en *La Colaboración Público-Privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros.* Madrid. La Ley.

DEL CASTILLO MASETE, J. A (2007) “Transformación del Sostenimiento. Evolución del Concepto”, en *Revista Aeronáutica y Astronáutica*, Mayo 2007.

DIE BUNDESWEHR DER ZUKUNFT. Sanchstand and Reform 15. Junni 2001: Bundesministerium der verteidigung.

D’ONZA GARCÍA, R. (2011) “Estructura del Project Finance en proyectos de obra pública: aspectos jurídicos más relevantes” en *La Colaboración Público Privada : Análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad.* Aranzadi. Madrid.

DOMINGUEZ SAMPEDRO, F., (2008) “La eficiencia económica en las colaboraciones público-privadas”, en *Revista Española de Control Externo, volumen X*, número 28. DORREGO DE CARLOS, Alberto - MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Francisco (2009): “La colaboración público-privada”, en DORREGO - MARTÍNEZ (dirs.) (2009), pp. 31-89.

DORREGO DE CARLOS, Alberto - MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Francisco (dirs.) - VILLARINO MARZO, Jorge (coord.) (2009): *La Colaboración Público-Privada en la Ley de Contratos del Sector Público: Aspectos administrativos y financieros.* Madrid: La Ley.

ENTRENA CUESTA, R (1995) “Curso de derecho administrativo” vol II Madrid. Tecnos.

EUROSTAT, Manual del SEC-95, sobre el déficit público y la deuda pública, parte IV, “Contratos a largo plazo entre unidades administrativas y socios privados”

FARQUHARSON, Edward (2006): “UK Private Finance Initiative (PFI) reflection on recent developments” en *Presupuesto y Gasto Público*, 45/2006.

FERNÁNDEZ, T.R., “Las Obras Públicas”, *Revista de Administración pública*, núms. 100-102, volumen III.

FERNÁNDEZ ROCA, Juan M. (2009): *Viabilidad y costes de la externalización de servicios en el ámbito de las Fuerzas Armadas*. Madrid. Ministerio de Defensa.

FERNÁNDEZ-VILLACAÑAS MARÍN, Manuel (2007) "Externalización del Sosténimiento" en *Revista Aeronáutica y Astronáutica*, Mayo 2007.

FUERTES FERNÁNDEZ, Adolfo (2007): "Fundamentos de la colaboración público-privada para la dotación de infraestructuras y servicios", *REDETI: Revista de Derecho de las Telecomunicaciones, Transporte e Infraestructuras*, año 10, no. 29, pp. 37-124. Accesible en internet (versión corregida y revisada de 2009): <http://www.cerecom.org/publicaciones/Art%C3%ADculo%20PPP%20enero%2009.pdf> (citas por esta versión)

GARCÍA-CAPDECÓN, P (2005) "El contrato de Colaboración público-privada" en *Revista de la Función Consultiva*, núm3 (Enero-junio 2005), pp 89 y ss

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1993): *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I. Madrid: Civitas.

GARCÍA REGUEIRO, J.A (2010): "Comentario al artículo 163" en: *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Dir. PAREJO ALFONSO, L y PALOMAR OLMEDA, A. Barcelona

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E (2011): "Algunas experiencias prácticas de colaboración público-privada en España" en *La Colaboración Público Privada : Análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad*. Aranzadi. Madrid 2011.

GARCÉS SANAGUSTÍN, M. (2007). "El control de los contratos en la colaboración público-privada" en la revista *Presupuesto y Gasto Público* nº 45-(4/2006) Instituto de Estudios Fiscales.

GARCÉS SANAGUSTÍN, M. (2011): "El tratamiento en términos de presupuestos y de contabilidad nacional de la colaboración público-privada" en *La Colaboración Público Privada: Análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad*. Aranzadi. Madrid

GARRIDO FALLA F. (1950): "La Administración indirecta del Estado y descentralización funcional" Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (2004): "El problema de la financiación de las obras Públicas: las sucesivas modificaciones de la LCAP 13/1995, de 18 de mayo, con especial referencia a la financiación mediante concesión de dominio público", en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas Segunda edición, Madrid.

GÓMEZ DE MERCADO, F. (1996) en "Los Convenios Administrativos y otras relaciones excluidas de la legislación de contratos de la Administración." *Revista de Derecho Administrativo* junio 1996.

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (2006) "Contrato de colaboración Público-Privada," en *Revista de Administración Pública* núm 170.

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (2010): *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte*. Madrid: Marcial Pons.

GONZÁLEZ TORRIJOS, J. (2007) "La financiación de la colaboración público-privada: el Project finance en Presupuesto y Gasto Público nº 45-(4/2006).

GUAITA, A (1964) "*Derecho administrativo especial*" Vol III. Zaragoza: Civitas .

HALL, John (1998): "Private Opportunity, Public Benefit?", *Fiscal Studies*, vol. 19, no. 2, pp. 121-140. Accesible en internet: http://www.ifs.org.uk/fs/articles/hall_may98.pdf

HEALD, David A. (1997): "Privately Financed Capital in Public Services", *The Manchester School*, vol. LXV, no. 5, pp. 568-598. Accesible en internet: <http://www.davidheald.com/publications/pfcapitl.pdf>

HEALD, David A. – MCLEOD, Alasdair (2002): "Private finance" (pp. 420-422), sección 502 en "Public Expenditure", cap. 10 (pp. 389-479) de WHITTY, Niall R. (ed.) (2002): *Constitutional Law* (reissue), en *The Laws of Scotland: Stair Memorial Encyclopaedia*. Edinburgh: Law Society of Scotland/Butterworths. Accesible en internet: <http://www.davidheald.com/publications/stair-publicexpenditure.pdf>

IBM services bulletin 2005. (ibm.com/services/bcs).

INTERVENCIÓN GENERAL DE LA DEFENSA (2005) "*La nueva regulación de los convenios de colaboración y memorandos de entendimiento en el ámbito del Ministerio de Defensa*". Madrid: MINISDEF.

INFORME "La solución de la Cooperación Público-Privada. Realidad y futuro de las infraestructuras de Europa". Price Waterhouse Coopers (2007).

INFORME 25/07, de 5 de junio de 2007, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

INFORME 22/09, de 25 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

INFORME "La solución de la Cooperación Público-Privada. Realidad y futuro de las infraestructuras de Europa". Price Waterhouse Coopers. (2006) www.pwc.com

IZQUIERDO BARTOLOMÉ, R (2000):" *La necesidad de nuevas y mejores infraestructuras y el problema de su financiación*". Madrid SOPAN.

JACOBSON, Charles D. - TARR, Joel A. (1995): "Ownership and Financing of Infrastructure: Historical Perspectives", *Policy Research Working Papers*, WPS 1466 (june). Washington, DC: World Bank. Accesible en internet:

http://www.researchgate.net/publication/23721809_Ownership_and_Financing_of_Infrastructure_Historical_Perspectives

JIMENEZ DÍAZ, A (2009): "Técnicas Contractuales de colaboración público-privada (II): El contrato de colaboración en la nueva Ley de Contratos del Sector Público" en : *"La Colaboración Público-Privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros."* Madrid. La Ley.

JUAN LOZANO, Ana María - RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús (2006): *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos: Una aproximación desde los principios jurídico-financieros*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

KRAHMANN. Elke (2010) "Controlling Private Military Services in the UK and Germany : Between Partnerships and Regulation."

LIBRO VERDE sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones, aprobado por la Comisión el 30 de abril de 2004 (COM 2004, 327 final).

LÓPEZ CASASNOVAS, G. *et al* (2003): *Los nuevos instrumentos de la gestión pública*. Barcelona: La Caixa.

MARTIN REBOLLO L. (2005): *"Leyes Administrativas"*. Pamplona: Aranzadi.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.(1996) *"El Derecho civil en la génesis del Derecho Administrativo y de su instituciones"*. Madrid: Tecnos.

MARTINEZ CALVO, J. (2005): "Hacia la Construcción de un Derecho Administrativo financiable, Crónica del caso MINTRA", en *Revista de Administración Pública*, núm. 167.

MARTINEZ CALVO, J. (2009) "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y las oportunidades que ofrece en el ámbito de la contratación de defensa" en *Régimen jurídico de la Industria al servicio de la Defensa*. Madrid: Aranzadi

MIRANDA GONZÁLEZ, J. (1995) *"La Contratación de las Administraciones Públicas"*. 1995 Madrid: Tecnos.

MUÑOZ MACHADO, S (2004) *"Tratado de Derecho Administrativo"*. Madrid. Civitas

NAO (1999): *Examining the value for Money of deals under the Private Finance Initiative*, August 1999, HC739, Session 1998/1999

NIETO GARRIDO, E. (2004): "La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido", en *Revista de Administración Pública*, mayo/agosto 2004.

OCDE Informe GOV/PGC/SBO 1/REV 2 de 20 de mayo de 2008 "Public-Private Partnerships in Pursuit of Risk Sharing and Value For Money".

ORTIZ MALLOL, J. (2004) en "La relación de dependencia de las entidades instrumentales de las Administración pública: algunas notas" en *RAP* núm163 .

ORELLANA CALDERÓN, (2006) "La Tercera Partida de Alfonso X El Sabio, estudio y edición crítica de los Títulos XVIII al XX", Tesis Doctoral dirigida por Inés Fernández Ordóñez, Universidad Autónoma de Madrid accesible en sitio web [Http//dialnet.unirioja.es](http://dialnet.unirioja.es)

OSORIO MORALES, J. (1965) "Notas para un teoría general del contrato" en Revista de Derecho Privado, diciembre de 1965.

PALOMAR OLMEDA, Alberto (2011): "El contrato de colaboración público-privada" en *La Colaboración Público Privada: Análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad*. Aranzadi. Madrid

PALOMAR OLMEDA, Alberto (dir.) - ÁLVARO MONTERO, Ángel de (coord.) (2011): *La colaboración público privada: Análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad contractual*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

PANIZO GARCÍA, A (1996). "Régimen Jurídico de los Convenios de Colaboración". Obra conjunta. Madrid: Civitas.

PARADA VÁZQUEZ, R. (1997): *Derecho Administrativo*, vol II. Madrid: Marcial Pons.

PAREJO ALFONSO Luciano y ARIÑO ORTIZ, Gaspar: (2005) "La creación de nuevos entes administrativos" en Revista Cuenta con la IGAE nº 13.

PÉREZ GÁLVEZ, J.F. (2007): *Las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos*. Granada: Comares

PÉREZ MUINELO, F. (2009): *El gasto de defensa en España 1946-2009*. Madrid Ministerio de Defensa.

PINA y TORRES, I. (2003): *La iniciativa privada en el sector público: externalización de servicios y financiación de infraestructuras*, Madrid, AECA.

PRIVATE FINANCE INICIATIVE. Seventeenth Report of Session 2010-2012. Vol 1.HC/TC 1146 August 2011.

RAMOS REDONDO, Eduardo (2010) "El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado" Madrid: Ministerio de Defensa.

RIDAO I MARTÍN, Joan (2012): "La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras de servicio público. Revisión crítica y alternativas al actual marco regulador", *Revista catalana de dret públic*, no. 45, pp.191-214. Accesible en internet:

www.raco.cat/index.php/RCDP/article/download/260637/347819/260637-351378-2-PB.pdf

RODRÍGUEZ VARELA, Nieves (2006) "Perspectivas de la colaboración público-privada en la Comunidad de Madrid" en *Presupuesto y Gasto Público* nº 45.

RODRÍGUEZ VARELA, Nieves (2008): "Modelos de colaboración público-privada. Experiencia de la Comunidad de Madrid: nuevos equipamientos sanitarios", en *Revista Española de Control Externo* Volumen X, número 28.

TER-MINASSIAN, T., *et al.* (2006): "Aspectos económicos en la Colaboración Público-Privada" en *Revista Presupuesto y Gasto Público* nº45.

TORRES VIQUEIRA, E. (2001): *Elementos procedimentales de la contratación militar*. Madrid: ISDEFE.

UK MINISTRY OF DEFENCE, PRIVATE FINANCE UNIT (2005): "Review of MoD PFI projects in construction and operation, Dec 2005. Accessible en www.Moduk.com.

UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE (UNECE) (2005): *Governance in Public-Private Partnerships for Infrastructure Development*, Committee for Trade, Industry and Enterprise Development, Ginebra, noviembre 2005

URREA SALAZAR, M.J. (1999) *"La Contratación Internacional de las Administraciones Públicas"*, Madrid: Tecnos.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, A. (2001): *"Las obras públicas: su ejecución y financiación. Perspectivas actuales"*, CDP no. 14 sep-dic 2001.

VAÑO VAÑO, M^a J. (2002): *El contrato de Project Finance*. Valencia. Tirant lo Blanch.

VÁZQUEZ CARRANZO, J. (2009): "Comentario al art.118", en *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Barcelona

VILLAR EZCURRA, J.L. (2001): "Las Infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos", en AA.VV.: *Nuevo Derecho de las Infraestructuras*. Madrid: Montecorvo.

VILLAR PALASÍ, J.L. (1952): *"Concesiones administrativas"*. Barcelona: Nueva Enciclopedia Jurídica Seix.

VILLAR ROJAS, F.J. (1993): *Privatización de servicios públicos*. Madrid: Tecnos